

DIE BESTEUERUNG DER FAMILIENAKTIENGESELLSCHAFTEN

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT ZÜRICH

vorgelegt von
PETER ULRICH
von Zürich

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ferdinand Zuppinger

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1980

1981

DIE BESTEUERUNG DER FAMILIENAKTIENGESELLSCHAFTEN

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT ZÜRICH

vorgelegt von
PETER ULRICH
von Zürich

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ferdinand Zuppinger

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 23 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von U. Häfelin, W. Haller, W. Kägi, G. Müller, H. Nef, D. Schindler und F. Zuppinger

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1980

Druck : ADAG Administration & Druck AG, Zürich

Typoskript: Liselotte Wildi, CH-8117 Fällanden

Meinen Eltern
und Eveline

An dieser Stelle möchte ich allen herzlich danken, die in irgendeiner Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Besonderen Dank schulde ich Herrn Professor Dr. F. Zuppinger für die wertvollen Ratschläge und das Interesse, das er meiner Arbeit entgegengebracht hat. Den verschiedenen Herren in den Steuerverwaltungen von Bund und Kantonen sei für die bereitwillig gegebenen Auskünfte über die Veranlagungspraxis ebenfalls bestens gedankt; sie haben mir die Bewältigung des Themas wesentlich erleichtert.

Opfikon, Juli 1980

P. Ulrich

EINLEITUNG

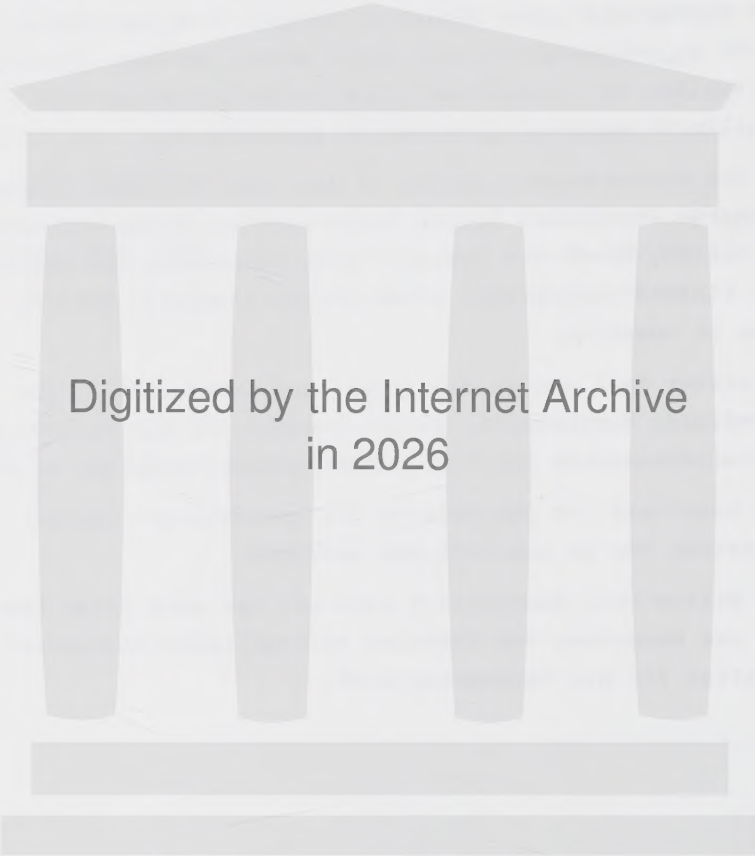
Die Familien-AG ist zivilrechtlich eine atypische Gesellschaftsform. Die vorliegende Arbeit setzt sich zum Ziele, häufig auftretende Besteuerungsprobleme, die sich aus deren wirtschaftlicher Struktur ergeben, nach geltendem Recht zu erörtern. Es geht nicht darum, de lege ferenda Vorschläge für eine steuerliche Sonderbehandlung der Familienaktiengesellschaften zu unterbreiten.

Da die Steuergesetze selbst zu den sich in diesem Zusammenhange stellenden Fragen keine befriedigenden Antworten enthalten, nimmt die systematische Auseinandersetzung mit der Einschätzungspraxis einen verhältnismässig breiten Raum in Anspruch.

Im ersten Teil werden die zivil- und steuerrechtlichen Grundlagen dargestellt, welche Ursache für die besonderen Steuertatbestände bei Familienaktiengesellschaften bilden.

Der Hauptteil ist dem Problem der steuerlichen Doppelbelastung von AG und Aktionär gewidmet.

Der dritte Teil beschäftigt sich mit den speziellen Fragen der Bewertung von Anteilen an Familienaktiengesellschaften für die Vermögenssteuer.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seiten
Einleitung	V
Literaturverzeichnis	XIX
Verzeichnis der Rechtsquellen und Entscheidsammlungen	XXVII
Abkürzungsverzeichnis	XXXII
1. TEIL: ZIVILRECHTLICHE UND STEUERRECHTLICHE GRUNDLAGEN	1
§ 1 Begriff und Wesen der Familienaktiengesellschaft	1
I. Begriff der Familienaktiengesellschaft im zivilrechtlichen Sinne	1
II. Begriff der Familienaktiengesellschaft im steuerrechtlichen Sinne	2
A. Sammelbegriff zur Erfassung steuerlicher Sondertatbestände	2
B. Begriffsmerkmale	3
1. Beschränkte Verkehrsfähigkeit der Aktien	4
2. Beschränkung des Aktionärkreises	4
3. Mitwirkung eines oder mehrerer Hauptaktionäre an der Geschäftsführung	5
4. Persönliche, eigene Beteiligung der Aktionäre	6
C. Kategorien	6
1. Die eigentliche Familienaktiengesellschaft	6
2. Die Einmannaktiengesellschaft	6
3. Die Aktiengesellschaft mit beschränktem Aktionärkreis	7
D. Zusammenfassung	7
III. Zahlenmässige Bedeutung	8
IV. Entstehungsgründe der Familienaktiengesellschaften	9
A. Einführung	9
B. Beschränkung der Haftung der Gesellschafter	10
C. Steuerliche Gründe	13
1. Einführung	13
2. Beim Steuerbelastungsvergleich zu berücksichtigende Faktoren	14

a) Renditeverhältnisse	14
b) Höhe der Gewinnausschüttung	15
c) Weitere Erwägungen	17
3. Schlussfolgerung	18
D. Leichtere Finanzierung	19
E. Erwägungen im Hinblick auf den Erbfall	20
F. Firmenrechtliche Vorteile	21
V. Erhaltung der Familienunternehmung in der Rechtsform der Aktiengesellschaft	22
A. Problem	22
B. Mittel zur Erhaltung des Familiencharakters der Aktiengesellschaft	22
1. Vinkulierung der Namenaktien	22
2. Vorkaufsrecht und verwandte Rechte	25
3. Stimmrechtsaktien	26
4. Aktionärbindungsverträge	27
§ 2 Besteuerung der Aktiengesellschaft	29
I. Selbständige Besteuerung der Aktiengesell- schaft nach Ertrag und Kapital	29
A. Grundsatz der subjektiven Steuerpflicht der Aktiengesellschaft	29
B. Steuerobjekte Ertrag und Kapital	29
C. Steuermass	31
1. Bei der Ertragssteuer	31
a) Grundsätzliches	31
b) Geltende Regelungen in Bund und Kantonen	33
c) Direkte Bundessteuer und Steuerhar- monisierung	34
2. Bei der Kapitalsteuer	35
II. Problem der steuerlichen Doppelbelastung von Aktiengesellschaft und Aktionär	35
A. Wesen und Rechtfertigung	35
B. Begriff	39
C. Ausgestaltung im schweizerischen Steuerrecht	40
1. Einführung	40
2. Gesetzliche Abschwächung bzw. Beseitigung der Doppelbelastung	40

a) Im allgemeinen	40
b) Beim Ertrag im besonderen	41
c) Beim Kapital im besonderen	42

2. TEIL: DIE STEUERLICHE DOPPELBELASTUNG DER FAMILIEN-	
AKTIENGESELLSCHAFTEN UND IHRER AKTIONAERE	43
§ 3 Einführung	43
I. Bedeutung der steuerlichen Doppelbelastung bei Familienaktiengesellschaften	43
II. Steuerliche Sonderbehandlung der Familienaktien- gesellschaften?	45
A. Rechtfertigung einer Sonderbehandlung	45
B. Einführung eines Sonderstatuts aus rechtlicher Sicht	48
C. Steuerliche Gleichbehandlung der Familien- aktiengesellschaften und Kollektivgesell- schaften	48
D. Schlussfolgerung	51
III. Entlastungsmöglichkeiten	52
A. Praktisch bedeutsame Doppelbelastungen	52
B. Praktische Vermeidung bzw. Milderung der Doppelbelastung	52
1. Durch Ausnützen der Besteuerungslücken einzelner kantonaler Steuergesetze	53
2. Durch Bezug der steuerlich zulässigen Gesellschaftsunkosten	53
3. Durch Zurückbehaltung des Gesellschafts- gewinnes	54
4. Durch Finanzierung der Aktiengesellschaft mit Aktionärdarlehen	54
5. Kombination der Möglichkeiten	54
1. Kapitel: Doppelbelastung beim ausgeschütteten Gewinn	55
§ 4 Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung	55
I. Im allgemeinen	55
II. Arten	55
A. Verdeckte Gewinnausschüttung i.e.S.	56
B. Gewinnvorwegnahme	56

III. Grundlagen der steuerlichen Erfassung	57
A. Gesetzliche Grundlagen	57
1. Einführung	57
2. Wehrsteuer und entsprechende Vorschriften in kantonalen Steuergesetzen	57
3. Zürcherisches Steuergesetz	59
4. Steuergesetz von Basel-Stadt	60
5. Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung	61
B. Von der Praxis entwickelter Begriff	61
IV. Die einzelnen Begriffselemente	65
A. Objektive Tatbestandsmerkmale	65
1. Wirtschaftliche Benachteiligung der Gesellschaft	65
a) Einführung	65
b) Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	65
c) Entreichung der Gesellschaft	66
2. Beherrschende Stellung des begünstigten Gesellschafters	67
a) Einführung	67
b) Grundlagen der beherrschenden Stellung des Begünstigten	69
aa) Massgebliche Beteiligung	69
bb) Minderheitsbeteiligung	70
cc) Folgerungen	72
c) Verdeckte Gewinnausschüttung an eine nahestehende Person	73
B. Subjektives Tatbestandsmerkmal: Handeln in Begünstigungsabsicht	75
1. Einführung	75
2. Stellungnahme der Doktrin	75
3. Verwirklichung in der Praxis	79
V. Verhältnis der verdeckten Gewinnausschüttung zur Steuerungumgehung und -hinterziehung bzw. zum Steuerbetrug	82
A. Verdeckte Gewinnausschüttung und Steuerumgehung	82
1. Einführung	82
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	82

B. Verdeckte Gewinnausschüttung und Steuerhinterziehung	85
C. Verdeckte Gewinnausschüttung und Steuerbetrug	87
§ 5 Die wichtigsten Erscheinungsformen der verdeckten Gewinnausschüttung und ihre Bemessung	89
I. Einführung	89
II. Vergütungen für Arbeitsleistungen	90
A. Einführung	90
B. Steuerlich zulässige Höhe	91
1. Ablehnung von Formeln	91
a) Im allgemeinen	91
b) Verwendung amtsinterner Formeln	94
2. Die einzelnen Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit	96
a) Einführung	96
b) Innerbetriebliche Tatsachen	96
aa) Vergleich mit gesellschaftsfremden leitenden Angestellten	96
bb) Umsatz- und Gewinnverhältnisse	101
cc) Relation zwischen Dividenden- und Salärpolitik	102
dd) Stetigkeit der Bezüge	103
ee) Vergleich mit den Abrechnungen der AHV-Ausgleichskasse	104
ff) Vergleich mit dem Reingewinn der Einzelfirma bzw. Kollektivgesellschaft	106
gg) Besonderheiten bei neugegründeten Unternehmungen	107
c) Ausserbetriebliche Tatsachen	108
aa) Vergleich mit den Arbeitsentschädigungen in gleichartigen Unternehmungen (Branchenvergleich)	108
bb) Teuerung	110
III. Darlehensverhältnisse	110
A. Einführung	110
B. Darlehen der Aktiengesellschaft an Gesellschafter	111
1. Unechte Darlehen	111

2. Steuerlich zulässige Zinssätze	113
C. Darlehen von Gesellschaftern an die Aktien- gesellschaft	115
1. Verdecktes Eigenkapital	115
2. Steuerlich zulässige Zinssätze	116
3. Darlehen mit Gewinnbeteiligung	118
IV. Veräusserungsverträge	119
A. Kaufgeschäfte	119
B. Tauschgeschäfte	121
V. Miet- und Pachtzinse	122
VI. Lizenzverträge und Veräusserung von Immaterialgütern	126
VII. Bürgschaften	127
§ 6 Ermittlung und Nachweis der verdeckten Gewinn- ausschüttung	129
I. Ermittlung	129
A. Einführung	129
B. Vergleich mit Erfahrungstatsachen	129
C. Offensichtliches Missverhältnis	130
II. Rechtslage bei Anzweiflung der Geschäfts- mässigkeit	131
A. Zur Beweislast im Steuerverfahren im allgemeinen	131
B. Beweislast bei der Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen	133
1. Bezüglich der objektiven Tatbestands- elemente	133
2. Bezüglich des subjektiven Tatbestands- elementes	135
III. Verfahrensrechtliches	136
§ 7 Folgen der steuerlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung	137
I. Steuerliche Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung	137
A. Bei der Aktiengesellschaft	137
1. Im allgemeinen	137
2. Besonderheiten	137
a) Bei Belastung eines aktiven Bestandeskontos	137

b) Bei Belastung eines passiven Bestandeskontos	140
c) Bei unverbuchter Entnahme eines Aktivums	140
B. Beim begünstigten Aktionär	141
1. Im allgemeinen	141
2. Besonderheiten	141
II. Auswirkungen der Aufrechnung	143
A. Bei der Aktiengesellschaft	143
B. Beim begünstigten Aktionär	143
1. Auswirkungen auf das steuerbare Einkommen	143
a) Einführung	143
b) Bei verdeckten Gewinnausschüttungen i.e.S.	144
c) Bei Gewinnvorwegnahmen	146
d) Bei verdeckten Gewinnausschüttungen an dem Aktionär nahestehende Personen	147
2. Auswirkungen auf die Entrichtung der Verrechnungssteuer	147
3. Auswirkungen auf das AHV-pflichtige Einkommen	149
§ 8 Vermeidung und Rückgängigmachung der verdeckten Gewinnausschüttung	150
I. Vermeidung durch Anwendung von Steuerklauseln	150
A. Begriff	150
B. Ursache und Zweck	150
C. Arten und Rechtsnatur	151
1. Einführung	151
2. Auflösend bedingte Rechtsgeschäfte	151
3. Uneigentlich bedingte Rechtsgeschäfte	152
4. Aufschiebend bedingte Rechtsgeschäfte	153
D. Steuerliche Beachtlichkeit	154
1. Zeitpunkt des Zufließens von Einkommen	154
2. Steuerpflicht bei auflösend bedingten Rechtsgeschäften	155
3. Steuerpflicht bei uneigentlich bedingten Rechtsgeschäften	157

4. Steuerpflicht bei aufschiebend bedingten Rechtsgeschäften	158
5. Abschliessende Stellungnahme	159
II. Rückgängigmachung durch Bilanzänderung	162
2. Kapitel: Doppelbelastung beim zurückbehaltenen Gewinn	165
§ 9 Einführung	165
I. Zurückbehaltung von Gewinn zur Selbstfinanzierung	165
A. Im allgemeinen	165
B. Bei Familienaktiengesellschaften im besonderen	165
C. Auswirkungen auf die steuerliche Doppelbelastung	167
II. Sicherstellung der Doppelbelastung beim zurückbehaltenen Gewinn	168
A. Realisation des Wertzuwachses	168
1. Einführung	168
2. Veräusserung der Beteiligungsrechte	168
3. Liquidation der Gesellschaft	169
4. Ausgabe von Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhungen	171
B. In den schweizerischen Steuergesetzen verwirklichte Systeme	172
1. Im allgemeinen	172
a) Kapitalgewinnbesteuerung auf Wertschriften des Privatvermögens	172
b) Freistellung des Kapitalgewinnes auf Wertschriften des Privatvermögens	173
2. Sonderbehandlung der Beteiligten an Familienaktiengesellschaften	174
a) Einführung	174
b) Beteiligungsgewinnsteuer	174
c) Veranlagungspraxis im Kanton ZH	175
§ 10 Steuerliche Erfassung des Wertzuwachses infolge zurückbehaltenen Gewinnes	177
I. Einführung	177
II. Ohne Kapitalgewinnbesteuerung: Wehrsteuer	178

A. Besteuerung der einzelnen Vorgänge	178
B. Kritik	178
III. Mit Kapitalgewinnbesteuerung: Kanton BE	179
A. Besteuerung der einzelnen Vorgänge	179
B. Kritik	180
IV. Mit Beteiligungsgewinnsteuer: Kanton SG	181
A. Ausgestaltung	181
B. Besteuerung der einzelnen Vorgänge	181
C. Kritik	182
V. Ohne Kapitalgewinnbesteuerung: Kanton ZH	183
A. Besteuerung der einzelnen Vorgänge	183
B. Kritik	184
1. An der "neuen" Praxis	184
2. An der Praxisänderung	185
a) In bezug auf das einschränkende Resultat	185
b) In bezug auf die Begründung	187
c) Folgerung	188
VI. Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung	189
§ 11 Vergleichende Betrachtungen	191
I. Unter dem Gesichtspunkt der Doppelbelastung	191
A. Ergebnis aus dem Vergleich der Steuerordnungen	191
B. Latente Steuerlast als Folge der lückenlosen Doppelbelastung	191
C. Ergänzung: Dreifachbelastung	192
II. Unter dem Gesichtspunkt einer sachgemässen Besteuerung	194
A. Gegenüberstellung der Steuerordnungen	194
B. Ergebnis	194
III. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit	195
A. Einführung	195
B. Inhalt des Gleichheitssatzes	195
C. Stellungnahme zur Begründung der Ungleichbehandlung	196
1. Fiskalität	196

2. Verhinderung von Steuerumgehungen durch Umwandlung	196
3. Unternehmereigenschaft des wesentlich beteiligten Gesellschafters	196
4. Sicherstellung der steuerlichen Doppelbelastung	198
D. Ergebnis	201
IV. Schlussfolgerung	202
3. Kapitel: Doppelbelastung beim Kapital	204
§ 12 Das verdeckte Eigenkapital	204
I. Begriff	204
II. Motive für die Kapitalzufuhr in Gestalt von Gesellschafterdarlehen	205
A. Einführung	205
B. Minderung der Steuerlast	205
C. Formlose Kapitalzuführung	207
D. Verminderung des Haftungsrisikos	207
III. Grundlagen der steuerlichen Erfassung	207
A. Vorliegen einer Steuerumgehung	207
1. Im allgemeinen	207
2. Die Voraussetzungen im einzelnen	210
a) Notwendigkeit des Darlehens für die Aufnahme oder Fortführung der statutarischen Aufgabe	210
b) Kreditbereitschaft Dritter	211
c) Darlehen dem Risiko des Geschäftserfolges ausgesetzt	211
d) Steuereinsparungsabsicht	211
B. Ersatztatbestände	213
C. Kritik	214
IV. Kreis der Fremdkapitalgeber	215
V. Folgen der steuerlichen Erfassung	216
VI. Praktische Anwendungsfälle und Bemessung	217
A. Praktische Bedeutung des verdeckten Eigenkapitals im allgemeinen	217
B. Bemessung	218

1. Bei Immobilienaktiengesellschaften	218
a) Im allgemeinen	218
b) Gestützt auf ausdrückliche gesetzliche Vorschrift	219
2. Bei Aktiengesellschaften mit anderer Zweckbestimmung	220
a) Im allgemeinen	220
b) Gestützt auf ausdrückliche gesetzliche Vorschrift	221
VII. Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung	222
3. TEIL: VERMOEGENSSTEUERWERT DER AKTIEN VON FAMILIENAKTIEGESELLSCHAFTEN	223
§ 13 Gesetzliche Grundlagen für die Bewertung von Aktien ohne Kurswert	223
I. Einführung	223
II. Verweisung auf den Verkehrswert	224
III. Verweisung auf den inneren Wert	224
IV. Andere Verweisungen	225
V. Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung	225
§ 14 Verkehrswertberechnung nach der "Wegleitung 1977"	226
I. Einführung	226
II. Anwendungsbereich der Wegleitung	227
III. Massgebende Bewertungsfaktoren	228
A. Unternehmungswert	228
1. Einführung	228
2. Ertragswert	229
a) Grundlage	229
b) Korrektur des ausgewiesenen Reinertrages	230
c) Kapitalisierungszinsfuß	231
3. Substanzwert	232
a) Grundlagen	232
b) Zur Frage der Berücksichtigung latenter Steuern	233
aa) Einführung	233

bb) Aus betriebswirtschaftlicher Sicht	233
cc) Aus steuerrechtlicher Sicht	234
dd) "Wegleitung 1977"	234
ee) Neuere steuerliche Bewertungspraxis	235
B. Anteilswert	237
1. Quotaler Unternehmungswert	237
2. Abzüge vom quotalen Unternehmungswert	237
a) Minderheitsabzug	237
b) Vinkulierungsabzug	241
c) Kombination der beiden Abzüge	243
§ 15 Zur Frage der Anwendung der "Wegleitung 1977"	244
I. Bedeutung der Richtlinien der Eidgenössischen Steuerverwaltung für die Wehrsteuer	244
A. Im allgemeinen	244
B. "Wegleitung 1977" im besonderen	245
II. Bedeutung der "Wegleitung 1977" für die Staatssteuer	245
A. Festlegung einer neuen Praxis	245
B. Kantonale Steuergesetze und "Wegleitung 1977"	247

LITERATURVERZEICHNIS

Die in diesem Verzeichnis aufgeführten Schriften werden mit dem Namen des Verfassers zitiert (Aufsätze unter zusätzlicher Angabe der Fundstelle). Zur Unterscheidung mehrerer Werke des gleichen Autors dient das in Klammern gesetzte Stichwort.

- Aellig Willi, Verdeckte Gewinnausschüttung bei Erwerb und Veräusserung eigener Aktien, SAG 20 S. 161 ff., SAG 21 S. 68 ff.
- Familien-AG und Limitierung der Risiken - eine Illusion, SAG 29 S. 95 ff.
- Altorfer Werner, Finanzierung und Besteuerung, insbesondere Gesellschafterdarlehen. Referat St. Galler Seminar 1977 über Unternehmungsbesteuerung, nicht publiziert
- Attinger Hermann, Die Besteuerung der Aktiengesellschaften. Eine rechtsvergleichende Studie über die Besteuerungsformen der Aktiengesellschaften in der Schweiz, in der deutschen Bundesrepublik und in den Vereinigten Staaten, St. Galler Diss. 1961
- Baumgartner Mathias, Verdeckte Gewinnausschüttungen. Referat Kurs über Steuerprobleme der Unternehmungen 1967, Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Hochschule St. Gallen, nicht publiziert
- Becker H., Obligationenrecht I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-183, 2. Aufl., Bern 1941
- Bertsch Roland, Die industrielle Familienunternehmung, 2. Aufl., Winterthur 1970
- Birgelen Erik, Die Beeinträchtigung der handelsrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch das Steuerrecht, Zürcher Diss. 1970
- Blöchlinger Peter, Die latente Steuerlast, Zürcher Diss. 1975
- Blumenstein Ernst, System des Steuerrechts, 3. von Irene Blumenstein neu bearbeitete Aufl., Zürich 1971 (System)
- Blumenstein Irene, Kommentar zum bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, Bern 1948 (Kommentar)
- Literaturbesprechung betr. Gutachten über die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, ASA 44 S. 346 ff.
- Blumer Karl / Graf Adolf, Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, 6. Aufl., Zürich 1977

Böckli Peter, Gesellschaftsrechtliche und steuerliche Aspekte bei der Gründung einer Aktiengesellschaft durch Umwandlung einer Personengesellschaft, StR 28 S. 393 ff.

- Die Beteiligungsgewinnsteuer, eine kritische Untersuchung, ASA 42 S. 369 ff.
- Rechtliche Bemerkungen zu der neuen "Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer (Ausgabe 1977)", ASA 46 S. 481 ff.
- Die Beteiligungsgewinnsteuer - eine Fehlkonzeption, StR 33 S. 200 ff.

Boemle Max, Unternehmungsfinanzierung, 5 Aufl., Zürich 1979

Borkowsky Rudolf, Einige Probleme der steuerlichen Unternehmungs politik, Zürich 1967 (Probleme)

- Zur Besteuerung von Gratis-Aktien als Einkommen des Aktionärs, ASA 40 S. 417 ff.
- Verdeckte Gewinnausschüttung bei Erwerb und Veräusserung eigener Aktien, SAG 21 S. 23 ff.

Borter Rolf / Ramstein Kurt / Sidler Jean-Paul, Die Familien-AG. Wirtschaftliche Bedeutung, Rechts- und Steuerfragen, 2. Aufl., Zürich 1972

Bosshard Markus, Die Besteuerung der Kapitalgesellschaften in der Schweiz, Zürcher Diss. 1953

Bosshardt Oskar, Die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, Zürich 1952

- Verdeckte Gewinnausschüttung im zürcherischen Steuerrecht, SAG 8 S. 127 ff.

Brassel Christoph, Steuerprobleme der Immobilien-Aktiengesellschaft, Zürcher Diss. 1966

Bürgi Wolfhart, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft (Art. 660-697), Zürich 1957

Caflisch Silvio, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Zürcher Diss. 1961

Cagianut Francis, Bedeutung der kaufmännischen Buchhaltung und Bilanz im Steuerrecht mit besonderer Berücksichtigung der Bilanzkorrekturen, ASA 37 S. 137 ff.

- Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne nach sanktgallischem Steuerrecht, ASA 42 S. 433 ff.

Chassot Marcel, Die Bewertung nichtkotierter Aktien, SAG 49 S. 45 ff.

David Eugen, Die st. gallische Beteiligungsgewinnsteuer. Grundlagen, Verfassungsmässigkeit, Probleme der Ausgestaltung, St. Gallier Diss. 1974

- Dürr Karl, Aktie und Aktiengesellschaft. Ihre Bewertung und Besteuerung in der Schweiz, Bern 1949
- Egli Arthur, Finanzierungen und Steuern in der Aktiengesellschaft, Zürcher Diss. 1967
- Eidg. Finanz- und Zolldepartement (Herausgeber), Zum Problem der gleichmässigen Besteuerung der Erwerbsunternehmungen - Bericht vom 14.2.1955 der Expertenkommission zur Prüfung der Möglichkeiten gleichmässiger steuerlicher Belastung der Erwerbsunternehmungen ohne Rücksicht auf die Rechtsform an das Eidg. Finanz- und Zolldepartement, Basel 1955 (abgekürzt zit.: Expertenbericht Motion Piller)
- Expertenkommission für das Wehrsteuergesetz, Bericht der Subkommission Nr. 10, Juli 1972, nicht publiziert (abgekürzt zit.: Bericht Subkommission Nr. 10)
- Flüge Hanspeter, Gratisaktien und Liquidationsüberschüsse gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. c in fine des Wehrsteuerbeschlusses, SAG 32 S. 201 ff.
- Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976 (Aktienrecht)
- Fromer Leo, Die Eignung der Kommandit-Aktiengesellschaft als Rechtsform von Familienunternehmungen, SAG 28 S. 149 ff. und S. 175 ff.
- Merkmale und Besonderheiten der privaten Aktiengesellschaften, SAG 30 S. 124 ff.
 - Aktuelle aktienrechtliche und steuerrechtliche Probleme der privaten Aktiengesellschaften und ihrer Aktionäre, ZBl 71 S. 1 ff.
- Furkel Rüdiger, Zur Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen, BB 1973 S. 1541 ff.
- Gattenhof Carl Otto, Die steuerliche Bewertung von Wehrt-schriften, insbesondere von Aktien, in der Schweiz, Zürcher Diss. 1961
- Gisler Heinz, Die Besteuerung der Aktiengesellschaft nach dem ausgeschütteten Gewinn, Zürcher Diss. 1956
- Glattfelder Hans, Die Aktionärbindungs-Verträge, in: Referate und Mitteilungen des schweizerischen Juristenvereins, 93. Jahrgang, Basel 1959
- Grass Adolf, Die Rückgängigmachung von Rechtsgeschäften durch Steuer- und Satzungsklauseln, StuW 1967 S. 450 ff.
- von Greyerz Christoph, Die Unternehmensnachfolge in den Personengesellschaften, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, S. 69 ff., Berner Tage für juristische Praxis 1970, Bern 1972
- Grosheintz P., Probleme der steuerlichen Behandlung von Familienaktiengesellschaften und ihrer Aktionäre, ASA 21 S. 353 ff.

- Gruber Hans, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, 3. Aufl., Bern 1975
- Grüninger Emanuel / Studer Walter, Kommentar zum Basler Steuergesetz, 2. Aufl., Basel 1970
- Gubler E., Schutzorganisation für AG mit beschränkter Aktionärzahl (Familienaktiengesellschaften), SAG 25 S. 83 ff.
- Gygax Eduard, Schweizerisches Steuer-Lexikon, Band 1, 9./10. Aufl., Zürich 1976; Band 2, 10. Aufl., Zürich 1977
- Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl., Bern 1974
- Hausheer Heinz, Erbrechtliche Probleme bei der Familien-AG, SAG 41 S. 193 ff.
- Helbling Carl, Unternehmungsbewertung und Steuern, 3. Aufl., Düsseldorf 1979
- Henggeler J., Besteuerung der sogenannten Spitzengehälter, SAG 16 S. 175 ff.
- Hensel Johannes, Die Verfassung als Schranke des Steuerrechts, St. Galler Diss. 1973
- Herold Hans, Die Abrechnungen mit den Ausgleichskassen AHV als Hilfsmittel für die Steuereinschätzung, StR 32 S. 217 ff.
- Wie hoch dürfen die Bezüge des Einmann-Gesellschafters einer AG sein, ohne als verdeckte Gewinnausschüttung aufgerechnet zu werden? StR 34 S. 301 f.
- Höhn Ernst, Steuerrecht, Ein Grundriss des schweizerischen Steuerrechts für Unterricht und Selbststudium, 3. Aufl., Bern und Stuttgart 1979 (Steuerrecht)
- Die Besteuerung der privaten Gewinne (Kapitalgewinnbesteuerung), Zürcher Diss. 1955 (Private Gewinne)
 - Die Besteuerung der Kapitalgesellschaften und ihrer Anteilsinhaber, ASA 38 S. 41 ff.
- Hubacher Rudolf, Die betriebswirtschaftliche Bedeutung der Unternehmungsformen, Bern 1954
- Huber Hans Georg, Die Besteuerung der Gewinnausschüttungen juristischer Personen, insbesondere der Aktiengesellschaften, Zürcher Diss. 1954
- Imboden Max, Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, ASA 31 S. 177 ff.
- Imboden Max / Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976
- Isler Eugen, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei der AG, SAG 28 S. 57 ff.

Jost Erhard, Die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, ASA 44 S. 353 ff.

Junger Martin, Die steuerliche Planung in der Unternehmung, St. Galler Diss. 1958

Kamm Christoph, Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften - nach deutschem Recht unter Berücksichtigung des schweizerischen und des französischen Rechts, Genfer Diss. 1967

Känzig Ernst, Die Eidgenössische Wehrsteuer, Basel 1962 (Wehrsteuer)

- Die Eidgenössische Wehrsteuer, Ergänzungsband, Basel 1964 (Wehrsteuer EB 1964)
- Die Eidgenössische Wehrsteuer, Ergänzungsband, 2. Aufl., Basel 1972 (Wehrsteuer EB 1972)
- Die Aktiengesellschaft im Einkommenssteuersystem, Bern 1953 (AG)
- Die Wehrsteuer der Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung der kantonalen Rekurskommissionen, ASA 19 S. 305 ff.

Knechtle Arnold, Grundfragen des Internationalen Steuerrechts, erläutert an Beispielen des Internationalen Steuerrechts der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Basel und Stuttgart 1976

Kolb Hans, Couponsteuerpflichtiges Spitzengehalt und Einschätzung zu den kantonalen Steuern, SAG 22 S. 197 ff.

Kölz Alfred, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978

Koordinationskommission für die Steuerharmonisierung, Bericht über die Auswertung der Vernehmlassungen zu den Gesetzesentwürfen vom August 1973 und über die bereinigten Fassungen vom Juli 1976 vom 4.5.1977 (abgekürzt zit.: Bericht 1977)

Kummer Max, Die Eignung der Aktiengesellschaft für die Erhaltung der Familienunternehmung, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, S. 109 ff., Berner Tage für juristische Praxis 1970, Bern 1972

Locher Kurt, Die Praxis der Bundessteuern III. Teil: Doppelbesteuerung, Basel 1953 (wird laufend nachgeführt)

Masshardt Heinz, Wehrsteuerkommentar Ausgabe 1980, Zürich 1980

Meier-Hayoz Arthur, Der Zug zur personalistischen Kapitalgesellschaft in der Schweiz, in: Gedenkschrift Gschnitzer S. 303 ff., Aalen 1969

Meili Markus, Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht der direkten Steuern unter Einbezug der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, Zürcher Diss. 1976

- Meyer Rolf A., Dividendenpolitik in Familienaktiengesellschaften; Ueberprüfung der Anwendbarkeit bestehender Modelle und Versuch eines operationalen Ansatzes, Basler Diss. 1974
- Mötteli H., Das Führungsproblem bei Aktiengesellschaften, SAG 31 S. 107 ff.
- Mühlebach Urs, Das neue Aktiensteuergesetz des Kantons Aargau, Zürcher Diss. 1973
- Oesch Max, Die steuerliche Behandlung der Wertzuwachsgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen, Berner Diss. 1975
- Oser Hugo / Schönenberger Wilhelm, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929
- Pestalozzi Anton, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht, Zürcher Diss. 1947
- Pestalozzi-Henggeler Regula, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Zürcher Diss. 1948
- Pfund Robert, Die Praxis der Bundessteuern II. Teil: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Basel, wird laufend nachgeführt (Stempelabgaben und Verrechnungssteuer)
- Die eidgenössische Verrechnungssteuer I. Teil, Basel 1971 (Verrechnungssteuer)
- Prym Rolf-Jürgen, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, St.Galler Diss. 1976
- von Rechenberg Peter, Handkommentar zum Steuergesetz des Kantons Graubünden vom 21.6.1964, Chur 1967
- Regierungsrat des Kantons Zürich, Vernehmlassung an das Eidgenössische Finanz- und Zolldepartement in Bern zum Entwurf zu einem Rahmengesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, vom 26.7.1978 (abgekürzt zit.: Vernehmlassung Regierungsrat ZH)
- Reimann August / Zuppinger Ferdinand / Schärrier Erwin, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4 Bände, Bern 1961-1969
- Rüttimann Jean-Paul, Das steuerpflichtige Kapital der Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht, Basler Diss. 1963
- Safarik Frantisek J., Steuerminimale Ertragsintensität schweizerischer Kapitalgesellschaften, StR 34 S. 497 ff.
- Salzgeber-Dürig Erika, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Zürcher Diss. 1970
- Sontag, Zum Problem der Doppelbesteuerung bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften, SAG 20 S. 148 ff.
- Schärrier Erwin, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, ASA 43 S. 273 ff.
- Schäuble Rolf, Die Besteuerung der Personengesellschaften, Bern und Stuttgart 1972

- Schlumpf Arnold, Verdeckte Gewinnausschüttungen in Form von Lizenzgebühren, SAG 18 S. 29 ff.
- Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (Herausgeberin), Gutachten über die Steuerverhältnisse bei Familienaktiengesellschaften, Zürich 1955 (abgekürzt zit.: Gutachten Steuerverhältnisse)
- Gutachten über die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, Zürich 1975 (abgekürzt zit.: Bewertungsgutachten)
- Steinmann G., Die Entwicklung der heutigen Praxis der Steuerumgehung und der verdeckten Gewinnausschüttung im Wehrsteuerrecht mit ihren Berührungspunkten und Unterschieden, StR 32 S. 355 ff.
- Studer Walter, Das schweizerische Bilanzsteuerrecht, Basel 1968
- Tipke Klaus / Kruse Heinrich Wilhelm, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl., Köln 1978 (AO)
- Trachsler Max, Die steuerpolitische Behandlung der Kapitalgesellschaften im zürcherischen Steuersystem, Zürcher Diss. 1954
- Troller Alois, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechtes, Basel 1973
- von Tuhr Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl. neu bearbeitet von Escher Arnold, Zürich 1974 (zit. von Tuhr/Escher)
- Viel Jakob / Bredt Otto / Renard Maurice, Die Bewertung von Unternehmungen und Unternehmensanteilen, 5. Aufl., Zürich 1975
- Vogel Hans-Albrecht, Die Familienkapitalgesellschaften. Typologische Grundlegung und Probleme der Rechtspraxis, Zürcher Diss. 1974
- von Waldkirch Hans, Aktienkapital durch Verwendung von Reserven, ASA 40 S. 177 ff.
- Weber Arnold, Das Verhältnis von Handelsbilanz und Steuerbilanz, Bern 1979
- Weidmann Heinz, Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, 3. Aufl., Bern 1979
- Zur steuerlichen Behandlung des sogenannten verdeckten Eigenkapitals, StR 34 S. 327 ff.
- Wespi Rudolf, Die Steuerrechtspflege im Kanton Zürich, Zürcher Diss. 1951
- Widmer M., Die verdeckte Gewinnausschüttung durch Verrechnung zu niedriger Kaufpreise, ASA 20 S. 113 ff.

Würth Wendolin K., Kapitaleinlagen und sonstige Kapitalzuführungen und steuerbare Erträge bei Kapitalgesellschaften, Wettswil a.A. 1973

Zeller Max, Die Familien-AG nach dem revidierten OR, Zürcher Diss. 1940

Zuppinger Ferdinand, Nach- und Strafsteuern gemäss zürcherischem Steuergesetz, Veröffentlichungen des Kantonalen Steueramtes Zürich/Heft 4, Zürich 1959 (Strafsteuern)

- Der Steuerbetrug unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechtes, ASA 44 S. 81 ff.
- Der Begriff der "capital gains" im schweizerischen Steuerrecht, StR 31 S. 4 ff. und S. 47 ff.

Zuppinger Ferdinand / Schärrier Erwin / Fessler Ferdinand / Reich Markus, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband, Bern 1978

Zweifel Fridolin, Die Besteuerung von "übersetzten" Salären als Unternehmungsgewinn, StR 5 S. 355 ff.

- Unternehmungseigene Steuerpolitik, StR 9 S. 209 ff. und S. 271 ff.

VERZEICHNIS DER RECHTSQUELLEN UND ENTSCHEIDSSAMMLUNGEN

Dieses Verzeichnis erhebt keinen Anspruch auf systematische Vollständigkeit. Für publizierte Entscheide wird auch auf die allgemeinen Periodika (siehe Abkürzungsverzeichnis) verwiesen.

- a) Rechtsquellen
- b) Weisungen und dergleichen
- c) Entscheidungssammlungen

Bund

- a) Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9.12.1940 (WStB)

Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13.10.1965 (VStG)

Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 19.12.1966 (VStV)

- b) Merkblatt der Eidg. Steuerverwaltung, vom 10.7.1968, betreffend verdecktes Eigenkapital bei Immobiliengesellschaften, ASA 37 S. 199 ff. (abgekürzt zit.: Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften)

Wegleitung für die Bewertung nichtkotierter Wertpapiere, herausgegeben von der Eidg. Steuerverwaltung:

- Ausgabe 1942/44, ASA 13 S. 426 ff. (zit. Wegleitung 1942/44);
- Ausgabe 1948, ASA 17 S. 217 f. (zit. Wegleitung 1948);
- Ausgabe 1952, ASA 21 S. 259 ff. (zit. Wegleitung 1952);
- Ausgabe 1971, ASA 40 S. 96 ff. (zit. Wegleitung 1971);
- Ausgabe 1977, ASA 46 S. 167 ff. (zit. Wegleitung 1977)

Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung betreffend Zinssätze für die Berechnung der geldwerten Leistungen:

- vom 6.8.1971, ASA 40 S. 195 f.;
- vom 16.12.1974, ASA 43 S. 314 f.;
- vom 31.8.1976, ASA 45 S. 103 f.;
- vom 21.1.1978, ASA 46 S. 433 f.;
- vom 15.5.1979, ASA 47 S. 621 f.

- c) Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung (BGE, Band, Seite)

Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA, Band, Seite)

Steuer Revue (StR, Jahrgang, Seite)

Kanton Zürich (ZH)

- a) Gesetz über die direkten Steuern vom 8.7.1951 (StG)
- b) Dienstanleitung zum Steuergesetz vom 3.7.1952 (DA)
- c) Rechenschaftsbericht der Oberrekurskommission (bis 1959) und des Verwaltungsgerichts (seit 1960) an den Kantonsrat (RB, Jahr, Nr.)

Kanton Bern (BE)

- a) Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern vom 29.10.1944 (StG)
- c) Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (bis 1975, MBVR, Jahr, Nr.)
Bernische Verwaltungsrechtsprechung (seit 1976, BVR, Jahr, Seite)

Kanton Luzern (LU)

- a) Steuergesetz vom 27.5.1946 (StG)

Kanton Uri (UR)

- a) Steuergesetz des Kantons Uri vom 16.5.1965 (StG)

Kanton Schwyz (SZ)

- a) Steuergesetz vom 28.10.1958 (StG)
Vollzugsverordnung zum Steuergesetz vom 20.11.1978 (VV)
- c) Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz (EGV, Jahr, Seite)

Kanton Obwalden (OW)

- a) Steuergesetz vom 8.12.1968 (StG)

Kanton Nidwalden (NW)

- a) Steuergesetz vom 26.4.1970 (StG)

Kanton Glarus (GL)

- a) Gesetz über das Steuerwesen vom 10.5.1970 (StG)

Kanton Zug (ZG)

- a) Gesetz über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7.12.1946 (StG)

Canton de Fribourg (FR)

- a) Loi sur les impôts cantonaux du 7 juillet 1972 (LIC)

Kanton Solothurn (SO)

- a) Gesetz über die direkte Staats- und Gemeindesteuer vom 29.1.1961 (StG)

Vollzugsverordnung zum Gesetz über die direkte Staats- und Gemeindesteuer vom 18.12.1970 (VV)

- c) Bericht der Solothurnischen Kantonalen Rekurskommission in Steuersachen an den Kantonsrat (bis 1973, B, Jahr, Nr.)

Grundsätzliche Entscheide der Solothurnischen Kantonalen Rekurskommission in Steuersachen (ab 1974, GrE, Jahr, Nr.)

Kanton Basel-Stadt (BS)

- a) Gesetz über die direkten Steuern vom 22.12.1949 (StG)

Verordnung zum Gesetz über die direkten Steuern vom 22.12.1948 vom 28.1.1950 (VV)

Kanton Basel-Land (BL)

- a) Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern und den Finanzausgleich vom 7.2.1974 (StG)

Vollziehungsverordnung zum Steuer- und Finanzgesetz vom 19.9.1974 (VV)

- c) Basellandschaftliche Steuerpraxis (BLStPra, Band, Seite)

Kanton Schaffhausen (SH)

- a) Gesetz über die direkten Steuern vom 17.12.1956 (StG)

Verordnung des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen betreffend den Vollzug des Gesetzes vom 17.12.1956 über die direkten Steuern vom 16.11.1976 (VV)

Kanton Appenzell A.-Rh. (AR)

- a) Gesetz über die direkten Steuern für den Kanton Appenzell A.-Rh. vom 27.4.1958 (StG)

Kanton Appenzell I.-Rh. (AI)

- a) Steuergesetz für den Kanton Appenzell Innerrhoden vom 28.4.1968 (StG)

- b) Standeskommissionsbeschluss zum kantonalen Steuergesetz und zur dazugehörenden Verordnung vom 23.12.1968 (StKB)

Kanton St. Gallen (SG)

- a) Steuergesetz vom 23.6.1970 (StG)

Vollzugsverordnung zum Steuergesetz vom 10.11.1970 (VV)

- c) St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (GVP, Jahr, Nr.)

Kanton Graubünden (GR)

- a) Steuergesetz für den Kanton Graubünden vom 21.6.1964 (StG)

Vollziehungsverordnung zum Steuergesetz für den Kanton
Graubünden vom 31.1.1964 (VV)

Kanton Aargau (AG)

- a) Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern und
über den direkten Finanzausgleich unter den Einwohner-
gemeinden vom 17.5.1966 (StG)

Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die direkten Staats-
und Gemeindesteuern und über den direkten Finanzausgleich
unter den Einwohnergemeinden vom 5.1.1967 (VV)

Gesetz über die Besteuerung der Kapitalgesellschaften
und Genossenschaften vom 5.10.1971 (AStG)

- c) Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (AGVE,
Jahr, Seite)

Kanton Thurgau (TG)

- a) Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern vom 9.7.
1964 (StG)

- c) Grundsätzliche Entscheide der Steuerrekurskommission des
Kantons Thurgau (GrE, Jahr, Nr.)

Cantone del Ticino (TI)

- a) Legge tributaria del 28 settembre 1976 (LT)

Canton de Vaud (VD)

- a) Loi sur les impôts directs cantonaux du 26 novembre 1956
(LID)

Canton du Valais (VS)

- a) Loi fiscale du 10 mars 1976 (LF)

Règlement d'application de la loi fiscale du 10 mars
1976 du 25 août 1976 (RA)

Canton de Neuchâtel (NE)

- a) Loi sur les contributions directes du 9 juin 1964 (LID)

Canton de Genève (GE)

- a) Loi générale sur les contributions publiques du 9 novem-
bre 1887 (LCP)

Canton du Jura (JU)

- a) Loi sur les impôts directs de l'Etat et des communes
du 26 octobre 1978 (LID)

Gesetzessammlung

Die Steuern in der Schweiz, bearbeitet von der Eidg. Steuerverwaltung unter Mitwirkung der kantonalen Steuerverwaltungen, Basel (wird laufend nachgeführt)

Gesetzesentwürfe

Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Entwurf der Koordinationskommission vom 3.8.1973/20.7.1976 (abgekürzt zit.: Gesetzesentwurf direkte Bundessteuer)

Gesetz über die direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, Entwurf der Koordinationskommission vom 3.8.1973/20.7.1976 (abgekürzt zit.: Entwurf Mustergesetz)

Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, Entwurf zu einem Rahmengesetz für die Steuerharmonisierung, beschlossen von der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren am 9. Juli 1976 in Interlaken (abgekürzt zit.: Entwurf Rahmengesetz)

Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, überarbeiteter Entwurf zu einem Rahmengesetz für die Steuerharmonisierung, von der Koordinationskommission fertiggestellt am 14./15. April 1980 zur Unterbreitung an die kantonalen Finanzdirektoren (abgekürzt zit.: überarbeiteter Entwurf Rahmengesetz)

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (vgl. AG)
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversi- cherung vom 20.12.1946
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenen- versicherung vom 31.10.1947
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung vom 16.3.1976
Art.	Artikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (vgl. Bund)
Aufl.	Auflage
B	Bericht (vgl. SO)
BB	Der Betriebs-Berater, Heidelberg (Jahr, Seite)
bes.	besonders
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundes- gerichtes (vgl. Bund)
BGr	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Jahr, Seite)
BLStPra	Basellandschaftliche Steuerpraxis (vgl. BL)
BRB	Bundesratsbeschluss
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848-1947
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenos- enschaft vom 29.5.1874
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (vgl. BE)
bzw.	beziehungsweise
CG	BG betr. die Stempelabgabe auf Coupons vom 25.6.1921, ab 1.1.1967 ausser Kraft

d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
dsgl.	desgleichen
EB	Ergänzungsband
EGV	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz (vgl. SZ)
Eidg.	Eidgenössisch(e)
Erw.	Erwägung
EstV	Eidg. Steuerverwaltung
ev.	eventuell
f.	und folgende (Seite, Note usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Noten usw.)
FG	Finanzgericht
Forts.	Fortsetzung
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrE	Grundsätzliche Entscheide (vgl. SO und TG)
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (vgl. SG)
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Jber.	Jahresbericht
KRK	Kantonale Rekurskommission
lit.	litera = Buchstabe
m.a.W.	mit andern Worten
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (vgl. BE)
m.E.	meines Erachtens
N	Note
Nr.	Nummer
NSt	Die neue Steuerpraxis (Jahrgang, Seite)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechts- pflege vom 16.12.1943

OR	BG über das Obligationenrecht vom 30.3.1911/ 18.12.1936
ORK	Oberrekurskommission
Pr	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Jahrgang, Nr.)
RZ	Randziffer
RB	Rechenschaftsbericht (vgl. ZH)
RK	Rekurskommission
S.	Seite
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Jahrgang, Seite)
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Jahrgang, Seite)
sog.	sogenannt
SPA	Schutzorganisation der privaten Aktiengesell- schaften, Basel
StK	Steuerkommission
StR	Steuer Revue (vgl. Bund)
StRK	Steuerrekurskommission
StuW	Steuer und Wirtschaft, Heidelberg (Jahr, Seite)
Tz	Textziffer
u.a.	unter anderem; und andere
unveröff.	unveröffentlicht
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
Verb.	Verbindung
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VGr	Verwaltungsgericht
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
Wirtschafts- prüfung	Die Wirtschaftsprüfung, Stuttgart (Band, Seite)
WStRK	Wehrsteuerrekurskommission
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Band, Seite)

Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Jahrgang, Seite)
ZStB	Zürcher Steuerbuch
z.T.	zum Teil

1. TEIL: ZIVILRECHTLICHE UND STEUERRECHTLICHE GRUNDLAGEN

§ 1 Begriff und Wesen der Familienaktiengesellschaft

I. Begriff der Familienaktiengesellschaft im zivilrechtlichen Sinne

Die ausserordentliche Elastizität und Flexibilität der zivilrechtlichen Bestimmungen über die AG (1) hat in der Praxis zu einer mannigfaltigen Ausgestaltung des Rechtsinstitutes geführt. So entstand neben dem gesetzlichen Normaltypus der mittelgrossen Publikums-AG auch die atypische Form der sogenannten personalistischen, personenbezogenen oder privaten AG (2).

Als personenbezogen werden Gesellschaften bezeichnet, deren Aktien sich im Eigentum eines überschaubaren Kreises von durch persönliche Bande miteinander verbundenen Personen befinden (3). Sie unterscheiden sich vom Normaltypus einerseits durch die erschwerte Uebertragbarkeit ihrer Anteile und andererseits durch die Verwirklichung des Prinzips der Selbstorganschaft (4).

Eine personenbezogene AG besonderer Art ist die Familien-AG (5), deren Gesellschafter alle oder wenigstens überwiegend der

1 Art. 620 ff. OR.

2 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht § 2 N 7 f. und § 46 N 1 ff.

3 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht § 46 N 2.

4 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht § 46 N 5 ff.

5 Im schweizerischen OR fehlt eine Umschreibung des Begriffes der Familien-AG; diese hat auch keinerlei besondere Regelung erfahren. Dagegen findet sich etwa in § 157 Abs. 4 des deutschen Aktiengesetzes vom 6.9.1965 eine Definition der Familien-AG im Hinblick auf eine Sondervorschrift für die Gliederung der Gewinn- und Verlustrechnung.

gleichen Familie angehören, sei es als Ehegatten, Verwandte oder Verschwägernte (6). Charakteristisch ist dabei der Wille der Beteiligten, die Gesellschaft der Familie zu erhalten (7). Diese Zielsetzung bedingt, dass auch die Unternehmensleitung in den Händen von Familienangehörigen liegt und die Beteiligungsmehrheit nicht an Dritte veräussert werden darf.

II. Begriff der Familienaktiengesellschaft im steuerrechtlichen Sinne

A. Sammelbegriff zur Erfassung steuerlicher Sondertatbestände

Auch in der schweizerischen Steuergesetzgebung existiert der Begriff der Familien-AG nicht. Die geltenden Steuerordnungen für Aktiengesellschaften sind - mit Ausnahme der Holdinggesellschaften - einheitlich und nehmen auf deren wirtschaftliche Zusammensetzung keine Rücksicht. In der Praxis wird dieser Ausdruck indessen als Kurzbezeichnung für die Erfassung von Sondertatbeständen der Besteuerung verwendet (8). Ob zwischen den einzelnen Aktionären ein Familienzusammenhang bestehe oder nicht, ist dabei ohne Bedeutung. So werden Gesellschaften einbezogen, bei denen sich die steuerliche Doppelbelastung von AG und Aktionär besonders stossend auswirkt und daher häufig verdeckte Gewinnausschüttungen bzw. verdecktes Eigenkapital anzutreffen sind. Im Zusammenhang mit der Bewertung nicht kotierter Wertpapiere hat die Eidgenössische Steuerverwaltung (9) den Ausdruck "Familien-AG" als Sammelbegriff umschrieben, der folgende

6 Vogel S. 21.

7 Zeller S. 6; Bertsch S. 9.

8 Vgl. Bertsch S. 6.

9 Nach der heute geltenden Praxis fällt jedoch die spezielle Bewertung von Anteilen an Familienaktiengesellschaften weg. Vgl. Wegleitung 1977 RZ 1-4 und im einzelnen hinten § 14; demgegenüber Wegleitung 1971 RZ 26 und 56; Wegleitung 1952 lit. B Ziff. 5; Wegleitung 1948 Ziff. 2; Wegleitung 1942/44 lit. D.

Kategorien von Aktiengesellschaften in sich vereinigt (10):

- "Einmannaktiengesellschaften, das heisst Aktiengesellschaften, deren gesamtes Kapital sich in der Hand einer Person befindet, wobei gleichgültig ist, ob es sich bei dieser Person um eine natürliche oder juristische Person handelt.
- Aktiengesellschaften, deren Aktien sich im Besitz einer Familie oder im Besitz mehrerer Familien befinden, die durch verwandtschaftliche Beziehungen miteinander verbunden sind.
- Aktiengesellschaften, deren Aktien in den Händen eines beschränkten Personenkreises liegen, der die Gesellschaft wirtschaftlich vollständig beherrscht."

Nach dieser Begriffsumschreibung ist es gleichgültig, ob es sich bei den Aktionären um natürliche oder um juristische Personen handelt (11). Es werden mithin auch sämtliche Tochtergesellschaften einbezogen, seien es nun Teile von Konzernen oder von Holdinggesellschaften (12). Um aber den Rahmen dieser Arbeit enger zu umreissen, ist von der Behandlung solcher konzernartiger Verhältnisse abzusehen. Im Folgenden soll demzufolge nur dann von einer Familien-AG die Rede sein, wenn die Gesellschaft von natürlichen Personen beherrscht wird (13).

B. Begriffsmerkmale

In Anlehnung an die Begriffsfassung der Eidgenössischen Steuerverwaltung lässt sich der dieser Arbeit zugrundeliegende Begriff

-
- 10 Gutachten Steuerverhältnisse S. 16 (hervorgehobene Stellen im Original gesperrt; der Verf.); vgl. auch SAG 30 S. 253.
 - 11 Vgl. Gutachten Steuerverhältnisse S. 18 Anm. 30.
 - 12 Vgl. Fromer, SAG 30 S. 126.
 - 13 Ähnliche Einschränkungen des fiskalischen Begriffes der Familien-AG wurden in der Literatur bereits an andern Stellen vorgenommen: so im Gutachten Steuerverhältnisse S. 17 f.; vgl. auch Meyer S. 12 und Bertsch S. 5 f.

der Familien-AG im einzelnen durch nachfolgende Merkmale von demjenigen der Publikums-AG unterscheiden (14).

1. Beschränkte Verkehrsfähigkeit der Aktien

Charakteristisch ist zunächst, dass die Aktien einer Familien-AG weder an der Börse zugelassen sind, noch ständig ausserbörslich gehandelt werden (15). Die Einschränkung des ausserbörslichen Handels wird meistens durch statutarische oder vertragliche Vorkehrungen angestrebt, oder aber sie ergibt sich schon rein faktisch aus dem Umstand, dass in der Regel für solche Beteiligungsrechte ein aufnahmebereiter Markt fehlt.

2. Beschränkung des Aktionärkreises

Im Unterschied zur Publikumsgesellschaft ist der Kreis der für die Familien-AG in Frage kommenden Gesellschafter genau umrissen. Die Voraussetzungen, welche die möglichen Aktionäre zu erfüllen haben, können in einer entsprechenden Statutenbestimmung oder dahingehenden Vertragsabreden festgehalten sein (16). Neben der Beschränkung auf die Familie - unter Einbezug von Blutsverwandtschaft, Ehe und Schwägerschaft - kommt auch die Beschränkung auf einen kleinen Kreis von Aktionären mit gleichgerichteten wirtschaftlichen Interessen in Frage (17). Jedenfalls liegt dieser Einschränkung auch der Wille der Beteiligten zugrunde, die Gesellschaft als gemeinsames, den Zwecken der Familie oder des beschränkten Personenkreises dienendes Unternehmen zu behandeln und zu erhalten. Das Aktienkapital befindet sich zwar stets in den Händen eines kleinen, über-

14 Vgl. hierzu Gutachten Steuerverhältnisse S. 61 f.

15 Vgl. Fromer, SAG 28 S. 153; Bertsch S. 8 f.

16 Näheres dazu hinten V.

17 Typisch für die Publikums-AG ist dagegen die Beteiligung zahlreicher, voneinander unabhängiger Aktionäre mit oft gegensätzlichen Interessen. Vgl. Gubler, SAG 25 S. 84.

schaubaren Gesellschafterkreises, ohne dass eine exakte zahlenmässige Beschränkung typisch wäre.

3. Mitwirkung eines oder mehrerer Hauptaktionäre an der Geschäftsführung

Ein weiteres wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen der Publikums-AG und der Familien-AG liegt in der Mitwirkung der Hauptaktionäre an der Geschäftsführung (18). Charakteristisch ist also die Verwirklichung des Prinzips der Selbstorganschaft. Dabei erfolgt die Mitarbeit dieser Gesellschafter normalerweise in leitenden Funktionen der eigentlichen Geschäftsleitung und beschränkt sich nicht auf die Bewältigung blosser Ueberwachungsaufgaben im Verwaltungsrat (19). Unter diesen Umständen nimmt der Familienaktionär, welcher die Generalversammlung stimmenmässig allein beherrscht oder der beherrschenden kleinen Gruppe angehört, wirtschaftlich die Stellung eines "Unternehmers" ein (20, 21). Er hebt sich damit wiederum vom typischen Publikumsaktionär ab, der bloss "Kapitalgeber" ist. Der Familien-AG entgeht folglich der Charakter einer echten Kapitalgesellschaft (22). Hinzu kommt re-

18 Vgl. Fromer, SAG 30 S. 128.

19 Als typische Familienaktiengesellschaften gelten daher nur die "selbstgeführten", nicht aber die "mitgestalteten" Familienbetriebe. Vgl. zu dieser Unterscheidung Borter/Ramstein/Sidler, Allgemeiner Teil Ziff. 42. Weiter gefasster Begriff bei Meyer S. 12 und wohl auch bei Fromer, SAG 28 S. 153.

20 Vgl. Fromer, SAG 30 S. 128.

21 "Unternehmer ist, wer Eigentum und Führung der Unternehmung innehat, damit ihrer Chancen teilhaftig wird und anderseits in Eigenverantwortlichkeit das Risiko durch Kapitalhaftung trägt. Dadurch unterscheidet er sich einerseits vom Manager, dem nur die Führung obliegt, und anderseits vom Minderheitsaktionär, der nur finanziert, nicht aber führt" (Viel/Bredt/Renard S. 17).

22 Känzig, AG S. 76.

gelmässig, dass die Kapitalbeteiligung des Familienaktionärs nicht die Bedeutung einer gewöhnlichen Kapitalanlage hat, sondern dessen ganze wirtschaftliche Existenz erfasst. Diese Tatsache ist von entscheidender Bedeutung für sein besonders enges Verhältnis zur AG.

4. Persönliche, eigene Beteiligung der Aktionäre

Charakteristisch ist schliesslich die persönliche, eigene Beteiligung sämtlicher Aktionäre. Dieses Merkmal fehlt, wenn Aktien den Gesellschaftern bloss zu fiduziarischem Eigentum überlassen worden sind. Das Moment der persönlichen Beziehung entfällt auch bei Aktien, die in den Händen juristischer Personen liegen. Typisch für die Familien-AG ist daher die Beherrschung durch natürliche Personen (23).

C. Kategorien

Bei dieser Umschreibung umfasst der Begriff der Familien-AG - wie der von der Eidgenössischen Steuerverwaltung geprägte - folgende Kategorien von Aktiengesellschaften:

1. Die eigentliche Familienaktiengesellschaft

Darunter fallen die Gesellschaften, welche von untereinander verwandten Aktionären beherrscht werden, wobei der Begriff der Verwandtschaft sehr weit gefasst wird (24).

2. Die Einmannaktiengesellschaft

Dabei handelt es sich selbstverständlich um eine AG, deren

23 Vgl. Gutachten Steuerverhältnisse S. 18.

24 Vgl. vorn I. Der Begriff der eigentlichen Familien-AG ist identisch mit dem dort umschriebenen Begriff der Familien-AG im zivilrechtlichen Sinne.

sämtliche Aktien in der Hand einer natürlichen Person vereinigt sind. Faktisch ist diese Erscheinungsform eine Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung (25). Zivilrechtlich findet die Einmann-AG indirekt Anerkennung, indem sie im OR (26) weder ausdrücklich zugelassen noch ausdrücklich verboten wird.

3. Die Aktiengesellschaft mit beschränktem Aktionärkreis

Darunter sind Gesellschaften zu subsumieren, bei denen nur bestimmte Kategorien von Personen mit wirtschaftlich gleichgerichteten Interessen als Gesellschafter in Frage kommen, die die AG gemeinsam beherrschen wollen.

D. Zusammenfassung

Wenn im Folgenden die Rede von einer Familien-AG ist, so steht diese im Gegensatz zur Publikums-AG und unterscheidet sich von einer solchen, indem bei ihr nachstehende Merkmale kumulativ vorliegen:

- beschränkte Verkehrsfähigkeit der Aktien,
- Beschränkung des Aktionärkreises,
- Mitwirkung eines oder mehrerer Hauptaktionäre an der Geschäftsführung,
- persönliche, eigene Beteiligung der Aktionäre.

Jede Familien-AG lässt sich sodann in eine der folgenden Kategorien eingliedern:

- eigentliche Familien-AG,
- Einmann-AG,
- AG mit beschränktem Aktionärkreis.

25 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht § 46 N 16.

26 Art. 625 Abs. 2.

Als Synonyme zum hier umschriebenen Begriff der Familien-AG werden in Literatur und Rechtsprechung die Begriffe "private" und "personenbezogene" AG verwendet. In der Praxis treten erfahrungsgemäss häufig Mischformen zwischen den hier unterschiedenen Familien- und Publikumsaktiengesellschaften auf.

III. Zahlenmässige Bedeutung

Ende 1977 bestanden in der ganzen Schweiz 101'587 Aktiengesellschaften. Die Gliederung der Gesellschaften nach Kapitalgrössen ergibt folgende Tabelle (27):

<u>Aktienkapital</u>	<u>Anzahl Gesellschaften</u>
50'000	50'234
50'001 - 100'000	19'666
100'001 - 500'000	21'807
500'001 - 1'000'000	4'766
1'000'001 - 5'000'000	3'714
über 5 Mio.	1'400

Die Zahl der reinen Publikumsgesellschaften ist verhältnismässig klein, sind doch nur die Aktien von rund 250 schweizerischen Aktiengesellschaften an der Börse kotiert (28). Zudem werden die Aktien von weiteren rund 300 Gesellschaften regelmässig ausserbörslich gehandelt (29).

Die "grossen" Gesellschaften mit Aktienkapitalien von mehr als Fr. 5'000'000.- können gemäss ihrer Struktur nicht mehr als Familienaktiengesellschaften im hier verwendeten Sinne angesprochen werden. Unter den "Zwerggesellschaften" (Aktien-

27 Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1979 S. 376.

28 Vgl. Kursliste der kotierten Aktien per 1.1.1980, Stand Ende 1979 (herausgegeben von der Eidgenössischen Steuerverwaltung).

29 SPA, Jber. 1978 S. 117.

kapital Fr. 50'000.-) dürfte der Anteil an Holding-, Repräsentativ-, Strohmanngesellschaften und ähnlichen Gebilden relativ hoch sein. Ein derart niedriges Grundkapital genügt im übrigen heutzutage den Bedürfnissen einer Familien-AG häufig nicht mehr (30).

Selbst bei Berücksichtigung dieser Umstände sind - grob geschätzt - mehr als die Hälfte der rund 101'000 Aktiengesellschaften in der Schweiz zu den Familiengesellschaften zu zählen (31). Die Anzahl der im Handelsregister eingetragenen Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) von rund 14'000 (32) ist demgegenüber verhältnismässig sehr niedrig.

IV. Entstehungsgründe der Familienaktiengesellschaften

A. Einführung

Angesichts der überwiegenden Vorherrschaft der Familienaktiengesellschaften gegenüber Personengesellschaften drängt sich die Frage nach den Gründen für die häufige Verwendung der an sich atypischen Rechtsform der AG für Familiengesellschaften auf.

30 Vgl. Vogel S. 47.

31 Aus anderen Schätzungen resultieren z.T. abweichende Resultate: Für Ende 1967 wurde die Zahl der personenbezogenen Aktiengesellschaften auf über 30'000 (von gesamthaft 52'715) geschätzt (Meier-Hayoz, Gedenkschrift Gschnitzer S. 314 Anm. 38). Für Ende 1969 berechnete die SPA von 59'834 existierenden 59'000 private Aktiengesellschaften (Jber. 1970 S. 73 f.). Ende 1971 sollen nach Meyer (S. 8) von 70'070 eingetragenen 69'500 private Aktiengesellschaften bestanden haben. Bei engerer Begriffsumschreibung betrug nach Vogel (S. 48) der Anteil der Familiengesellschaften bei den Aktiengesellschaften per Anfang 1974 55% oder 38'279.

32 Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1978 S. 390.

Die Motive, die bei der Wahl der Rechtsform für eine Unternehmung ausschlaggebend sein können, sind mannigfaltig. Bertsch (33) stellt die betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten in den Vordergrund und betont gleichzeitig die Wichtigkeit einer einfachen Lösung beim Tode eines Gesellschafters. Junger (34) unterscheidet zwei Gruppen von Faktoren, die bei der Wahl der Rechtsform entscheidend ins Gewicht fallen. Die erste Gruppe bilden die Aufwands- und Ertragsüberlegungen, wobei vor allem den steuerlichen Belangen grosse Bedeutung beigemessen wird, aber auch etwa die Gründungskosten miteinbezogen werden müssen. Die zweite Gruppe umfasst Erwägungen organisatorischer Natur wie Finanzierungsmöglichkeiten, Unternehmungsführung und Haftungsverhältnisse.

Im Folgenden werden diejenigen Bestimmungsfaktoren für die Wahl der Rechtsform einzeln untersucht, welche im Rahmen dieser Arbeit von Bedeutung sind.

B. Beschränkung der Haftung der Gesellschafter

Als Grund der grossen praktischen Bedeutung der Familienaktiengesellschaften vermutet man zunächst die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter, da bei den Personengesellschaften grundsätzlich keine Risikolimitierung möglich ist (35). Die Praxis zeigt indessen, dass die beschränkte Haftung - wenigstens für den oder die Hauptaktionäre - keine entscheidende Rolle spielen kann.

Es ist davon auszugehen, dass bei Familienaktiengesellschaften das Grundkapital regelmässig möglichst niedrig gehalten

33 S. 154.

34 S. 60 f.

35 Art. 568 OR; eine Ausnahme bilden die Kommanditäre der Kommanditgesellschaft (Art. 594 Abs. 1 OR).

wird (36). Dies hat aber zur Folge, dass die Finanzierung der Gesellschaft mit der Liberierung des Aktienkapitals in der Regel nicht abgeschlossen ist. Die Aufnahme neuer Aktionäre zur Beschaffung zusätzlicher Mittel kommt wegen der Gefahr der Ueberfremdung der Familien-AG nicht in Frage. Sodann sind Bankkredite für die Fremdfinanzierung in der Praxis ohne zusätzliche Sicherheiten nicht erhältlich (37). Unter diesen Umständen sehen sich die am Gedeihen des Geschäftes interessierten Hauptaktionäre - vorwiegend in der Anlaufszeit - häufig gezwungen, durch persönliche Darlehen oder private Bürgschaften zusätzlich zur Kreditwürdigkeit der Unternehmung beizutragen (38). Durch Uebernahme einer Bürgschaft (39) ist aber die beschränkte Haftung der betreffenden Gesellschafter faktisch wieder aufgehoben. Anders verhält es sich freilich mit dem Aktionärdarlehen: Mit dem ohne besondere Sicherheiten gewährten Darlehen steht der Aktionär konkursrechtlich mit allen andern nicht privilegierten Drittgläubigern in der 5. Klasse (40), so dass dem Darlehen gegenüber dem primär haftenden Aktienkapital eine Vorzugsstellung zukommt. Diese Rangordnung auf dem Papier wird indessen umgestossen, wenn sich ein Gesellschafter, dessen Existenzgrundlage die AG und deren Betrieb bildet, veranlasst sieht, sein Darlehen im Rahmen einer Sanierung zur Verlusttilgung heranzuziehen, oder aber weil für die

36 Aellig, SAG 29 S. 96 und 98: Als Gründe für diese Tatsache kommen die zu entrichtenden Gebühren und Abgaben bei der Gründung in Frage, welche sich nach der Höhe des Aktienkapitals bemessen, sowie der etwas beschwerliche Weg einer Aktienkapitalerhöhung. Vgl. hierzu auch hinten § 12: Häufig wird die Fremdfinanzierung der Beteiligungsfinanzierung aus steuerlichen Gründen vorgezogen.

37 Dies vor allem deshalb, weil bei Personengesellschaften gleicher wirtschaftlicher Grösse in der Regel ein umfangreicheres Haftungssubstrat zur Verfügung steht (vgl. Vogel S. 56).

38 Vgl. Meier-Hayoz, Gedenkschrift Gschnitzer S. 304; Aellig, SAG 29 S. 96 ff.

39 Art. 492 ff. OR.

40 Art. 219 SchKG.

Gesellschafterdarlehen den Drittgläubigern gegenüber aus nahe-
liegenden Gründen für den Fall des Konkurses meist der Nachgang
erklärt wird (41).

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Risiko-limitierung
unter den geschilderten Umständen für leitende Familienaktio-
näre von geringer Bedeutung ist. "Diese müssen sich vielmehr
bewusst sein, dass die zusätzlich zum Grundkapital investier-
ten Mittel im Ernstfall ebenso immobil und verlustbedroht sind
wie die Aktien selbst" (42). Die Haftungsbeschränkung liefert
mithin keine befriedigende Erklärung für die grosse Verbrei-
tung der Familienaktiengesellschaften. Es ist daher auch nicht
verwunderlich, dass anlässlich einer Umfrage der Schutzorgani-
sation der privaten Aktiengesellschaften die beschränkte Haf-
tung bei der Wahl der Rechtsform bloss für 26% aller erfass-
ten Unternehmungen eine Rolle spielte (43).

Diese Feststellungen dürfen aber nicht über die Bedeutung der
Haftungsbeschränkung hinwegtäuschen. Wichtig bleibt sie, weil
gerade die unbekannten und daher nicht verbürgten Risiken den
Unternehmer nicht im Privatvermögen treffen können (44). Im
weiteren bietet die Einschränkung der Haftung für die nicht
in der Unternehmung mitarbeitenden Familienmitglieder oder
andern den Hauptaktionären nahestehenden Personen die will-
kommene Möglichkeit einer limitierten Beteiligung. Umgekehrt
bringt dieser Umstand der Familiengesellschaft den Vorteil

41 Aellig, SAG 29 S. 96 f.; Fromer, SAG 28 S. 179.

42 Aellig, SAG 29 S. 98.

43 Die SPA führte im Jahre 1970 bei ihren damals rund 1450
Mitgliedern eine Erhebung durch. 587 Mitglieder beant-
worteten die an sie gerichteten Fragen über Entstehungs-
gründe und rechtliche Ausgestaltung ihrer AG, was eine
aufschlussreiche Auswertung erlaubte (Jber. 1970 S. 58
ff.). Zur Frage der praktischen Bedeutung der Haftungs-
beschränkung Jber. 1970 S. 62. Vgl. dazu auch Böckli,
StR 28 S. 393 ff.

44 Böckli, StR 28 S. 396 Anm. 12.

einer breiteren Eigenkapitalbasis und erleichtert ihr so in einem gewissen Masse die Kapitalbeschaffung (45).

C. Steuerliche Gründe

1. Einführung

Besteht bei der Gründung oder Umwandlung einer Unternehmung die Wahl zwischen einer Personengesellschaft bzw. Einzelfirma und einer AG, stellt sich auch die Frage nach der steuerrechtlich vorteilhafteren Rechtsform. Die Antwort darauf ergibt sich im einzelnen Falle aus einem Steuerbelastungsvergleich.

Ziel der nachfolgenden Ausführungen kann es aber nicht sein, eine allgemeingültige Formel für die Wahl der steuergünstigeren Rechtsform zu ermitteln. Das Ausmass des Steueraufwandes hängt von allzuvielen Faktoren ab: finanzielle Struktur und Ertragsverhältnisse des Unternehmens, Ausschüttungspolitik, Höhe der Bezüge und des sonstigen Einkommens der Aktionäre, Gestaltung der Steuertarife für die natürlichen und für die juristischen Personen. Zudem handelt es sich bei einer Vergleichsrechnung ohnehin nur um eine "Momentaufnahme" (46), wobei das Resultat nur für die hypothetischen konkreten Verhältnisse Geltung hat. Für die langfristige Planung ist die Gegenüberstellung der Steuerbelastungen insofern bloss bedingt brauchbar, als die künftige Ertragslage der Unternehmung und die Entwicklung der einschlägigen Steuergesetzgebung bestenfalls in grossen Zügen voraussehbar sind. Wir können uns hier aber ohne weiteres über diese Unzulänglichkeiten des Belastungsvergleichs hinwegsetzen, da es lediglich darum geht, generelle Tendenzen festzustellen, deren Kenntnis für die Wahl der günstigeren Rechtsform notwendig ist. Zu diesem Zweck soll der

45 Vgl. Bertsch S. 158.

46 Vgl. Bertsch S. 171.

Einfluss der wichtigsten Faktoren auf die Steuerlast nachfolgend unter Hinweis auf konkrete Einzelfälle verdeutlicht werden.

Die Gewinne der AG werden zweifach besteuert, einmal als Ertrag bei der Gesellschaft und zum zweiten Male im Masse der Ausschüttung als Einkommen beim Aktionär. Die Steuersätze für die Reingewinnsteuer der AG berechnen sich im Bund und in den meisten Kantonen nach der Ertragsintensität unter Anwendung bestimmter Rahmensätze (47). Daneben wird die AG für ihr Eigenkapital, welches in der Höhe des Aktienwertes auch von der Vermögenssteuer der Aktionäre erfasst wird, einer Kapitalsteuer unterworfen. Eine solche Doppelbelastung existiert bei den Personenunternehmungen nicht. Unternehmungsvermögen und -gewinn werden bei ihnen anteilmässig auf die Gesellschafter aufgeteilt und nur bei diesen besteuert.

Beim Steuerbelastungsvergleich werden sich die Steuerlast der Familien-AG zusammen mit derjenigen ihrer(s) Aktionäre(s) und die aufaddierte Steuerlast der Gesellschafter einer wirtschaftlich entsprechenden Personengesellschaft (Einzelfirma) gegenübergestellt.

2. Beim Steuerbelastungsvergleich zu berücksichtigende Faktoren

a) Renditeverhältnisse

In erster Linie sind die zu erwartenden Renditeverhältnisse der Unternehmung in die Vergleichsrechnung einzubeziehen (48). Die Bestimmung der künftigen Steuerlast setzt einerseits die Schätzung des Reinertrages und anderseits - bedingt durch die Besteuerung nach Ertragsintensität - die Entwicklung des Eigenkapitals voraus. Aus konkreten Belastungsvergleichen geht her-

47 Näheres dazu hinten § 2.

48 Gutachten Steuerverhältnisse S. 22; Junger S. 66.

vor, dass die Rechtsform der AG mit steigender Rendite gegenüber der Personenunternehmung mehr und mehr durch eine höhere Steuerpflicht benachteiligt wird (49).

b) Höhe der Gewinnausschüttung

Mit zunehmender Höhe der ausgeschütteten Dividenden steigen auch die Einkommenssteuern der Aktionäre, während die Gesellschafter für den zurückbehaltenen Gewinn zumindest einstweilen steuerlich nicht belastet werden. Konkrete Vergleichsrechnungen zeigen, dass bei steigender Gewinnausschüttung eine merkliche Mehrbelastung der AG gegenüber der Personenunternehmung eintritt:

- Hubachers (50) Belastungsvergleich zwischen einer Einmann-AG und einem Einzelkaufmann im Kanton BE lässt erkennen, dass die Steuerlast der AG bei voller Gewinnausschüttung vor allem bei hohem Reinertrag diejenige des Einzelkaufmannes bei weitem übertrifft. Wird indessen der Gewinn zur Selbstfinanzierung vollständig in der Gesellschaft zurückbehalten, liegt die Steuerbelastung der AG stets in geringem Masse unter jener des Einzelkaufmannes.
- Berechnungen für die Wehrsteuer allein ergeben eine steuerliche Mehrbelastung der AG gegenüber einer Kollektivgesellschaft, wenn die Gewinnausschüttungen 50 % des

49 Vgl. Gutachten Steuerverhältnisse S. 23 f., S. 26 Variante A und S. 33 Tabelle 4. Das den Wehrsteuerberechnungen zugrundeliegende konkrete Beispiel findet sich auf S. 23, dasjenige für den Kanton ZH auf S. 31. Die Berechnungen beruhen auf folgenden Tarifen: Art. 57 WStB (Fassung gemäss BRB vom 20.12.1950), ZH § 48 StG (Fassung gemäss Gesetz vom 8.7.1951). Diese generelle Tendenz stellt auch die Subkommission Nr. 10 (Bericht S. 27 ff. mit Beilagen 7 und 9: Variante A) fest, deren Berechnungen auf Art. 57 WStB (Fassung gemäss BRB vom 26.6.1964) beruhen.

50 S. 75 Tabelle V. Die den Berechnungen zugrundeliegenden tatsächlichen Annahmen finden sich auf S. 70. Die Berechnungen beruhen auf dem Tarif von BE Art. 66 Abs. 2 StG (Fassung vom 19.12.1948).

gesamten Reinertrages übersteigen (51).

- Diese Feststellungen werden auch durch Belastungsvergleiche AG/Einzelfirma und AG/Kollektivgesellschaft im Kanton ZH bestätigt (52).

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Rechtsform der AG bei hoher Rendite des Eigenkapitals und verhältnismässig hoher Gewinnausschüttung regelmässig höhere Steuerabgaben bewirkt, während sie bei geringer Rendite und/oder niedriger Gewinnausschüttung gegenüber der Personenunternehmung eine gewisse Steuerbegünstigung erfährt. Zur Berechnung der von den Aktionären auf den ausgeschütteten Erträgen zu entrichtenden Einkommenssteuer ist auch das übrige Einkommen (aus andern Wertschriften, Liegenschaften, anderweitiger Erwerbstätigkeit) zu berücksichtigen, da die Erträge je nachdem zu einem höheren oder tieferen Satz besteuert werden (53).

Gegen diese Belastungsvergleiche wird mit Recht der Einwand erhoben, sie seien aus dem Vergleich nicht vergleichbarer Grössen entstanden, indem bei der Personengesellschaft die im Unternehmen belassenen Gewinne von den Geschäftsinhabern bereits als Einkommen besteuert worden seien und daher jederzeit ohne

51 Vgl. Gutachten Steuerverhältnisse S. 23 f. und S. 27 Variante C. Zu übereinstimmenden Resultaten führen die Berechnungen der Subkommission Nr. 10 (vgl. Bericht S. 27 ff. mit Beilagen 7 und 9).

52 Gutachten Steuerverhältnisse S. 33 Tabelle 4.

53 Vgl. Junger S. 67; Gutachten Steuerverhältnisse S. 24 f. Ebenso die Feststellungen der Subkommission Nr. 10 (vgl. Bericht S. 27 ff. mit Beilagen 8 und 9: E-Varianten). - Böckli, StR 28 S. 410, stellt fest: Für einen Kanton, der, gleich wie die Wehrsteuer, die Abzugsfähigkeit der bezahlten Steuern zulässt, kann "die Aussage gewagt werden, dass ein gut rentierendes Unternehmen, dessen Gesellschafter in den oberen Progressionsstufen stehen, bei starker Selbstfinanzierung mit der Rechtsform der AG steuerlich eher besser fährt als mit der Rechtsform der Personengesellschaft".

weitere Steuerbelastung aus der Unternehmung bezogen werden könnten, während die in der AG belassenen Gewinne bei ihrer späteren Herausnahme durch die Aktionäre von diesen noch als persönliches Einkommen zu versteuern seien und dieser nachträglichen Belastung seitens der Vergleichsrechnungen keine Rechnung getragen werde. Mithin muss auch die latente Belastung im Falle der Gesellschaftsliquidation oder Ausgabe von Gratisaktien bei den Belastungsvergleichen berücksichtigt werden, wenn eine zahlenmässige Aussage darüber auch schwerfällt (54). Die nachträgliche Steuerbelastung fällt allerdings weg, wenn eine Unternehmung erst nach einer starken Verlustphase liquidiert wird und die früher akkumulierten Gewinne weggeschmolzen sind.

c) Weitere Erwägungen

Der Steueraufwand hängt von der Ausgestaltung des einschlägigen Steuergesetzes ab. Abgesehen von den verschiedenen Tarifen finden sich in den schweizerischen Steuerordnungen unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit des Steuerabzuges, welche für den Belastungsvergleich von ausschlaggebender Bedeutung sein kann (55). Die Wehrsteuer (56) und verschiedene Kantone (57) anerkennen die in der Bemessungsperiode bezahlten Steuern der AG als echten Aufwandposten, während die übrigen (58) den Abzug der Steuern

-
- 54 Vgl. Gutachten Steuerverhältnisse S. 29 und S. 40 Anm. 39; Bericht Subkommission Nr. 10 S. 30. Vgl. hierzu auch hinten §§ 9-11.
- 55 Gutachten Steuerverhältnisse S. 21 und 30. Vgl. auch Böckli, StR 28 S. 408 und 410.
- 56 Art. 49 Abs. 2 WStB. Dies soll auch bei Einführung der "Direkten Bundessteuer" beibehalten werden (vgl. Art. 88 lit. a Gesetzesentwurf).
- 57 LU, SZ, GL, BS, SH, AI, SG, AG, VD, NE, GE.
- 58 ZH, BE, UR, OW, NW, ZG, FR, SO, AR, GR, TG, TI, VS, JU. Im Rahmen der Steuerharmonisierung soll einheitlich die Abzugsfähigkeit der Steuern juristischer Personen eingeführt werden (vgl. Art. 88 lit. a Entwurf Mustergesetz; Art. 25 Abs. 1 lit. a überarbeiteter Entwurf Rahmengesetz; Abs. 4 gestrichen).

nicht zulassen. Bei Personengesellschaften hingegen ist der entsprechende Steuerbetrag generell nicht abzugsfähig.

Die Gründungskosten (59) fallen langfristig betrachtet nicht ins Gewicht. Sie dürfen bei Belastungsvergleichen wegen ihrer Einmaligkeit gänzlich ausser acht gelassen werden.

3. Schlussfolgerung

Auch steuerliche Erwägungen vermögen damit die häufige Wahl der AG nicht befriedigend zu erklären. Zwar ist die Rechtsform der AG steuerlich nicht von vornherein diskriminiert. Aufgrund vorstehender Ueberlegungen muss aber gefolgert werden, dass die Führung einer Familien-AG im hier verwendeten Sinne verglichen mit einer entsprechenden Personengesellschaft als Unternehmungsträger mehrheitlich eine steuerliche Mehrbelastung zur Folge hat. Ein Steuervorteil der AG ergab sich nur bei geringer Ertragsintensität und/oder verhältnismässig niedriger Gewinnausschüttung.

Zu Recht wurde verschiedentlich vor einer Ueberbewertung der steuerrechtlichen Aspekte bei der Wahl der Rechtsform für eine Unternehmung gewarnt. Nach Bertsch (60) sind die Prioritäten so zu setzen, dass überprüft wird, "ob die wirtschaftlich und gesellschaftsrechtlich motivierte Regelung auch steuerlich tragbar sei". In der Umfrage der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (61) erwogen entsprechend auch nur 37% der befragten Unternehmen bei der Wahl der AG Fragen der Steuervorteile oder -nachteile.

59 Sie umfassen bei der AG die Kosten der öffentlichen Beurkundung, Gebühren für die Eintragung ins Handelsregister und Eidgenössische Stempelabgaben als Emissionsabgabe. Bei Personenunternehmungen sind diese Aufwendungen unbedeutend.

60 S. 172 und dortiges Zitat.

61 Jber. 1970 S. 62.

D. Leichtere Finanzierung

Wie bereits festgestellt wurde, wirkt sich die beschränkte Haftung der Aktionäre für die Finanzierung der Familienunternehmung günstig aus (62). Bei der Familien-AG ist dadurch der Beizug zusätzlicher Gesellschaftermittel aus dem weiteren Familienkreise oder in beschränktem Masse bei familienfremden Personen ohne Uebertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf diese Aktionäre möglich. Dagegen wird sich für eine Kollektivgesellschaft kaum ein Kapitalgeber finden, der als Korrelat zu seiner unbeschränkten Haftung nicht die Einräumung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte verlangt (63). Insofern bietet die AG bei der Kapitalbeschaffung bei nicht in der Unternehmung mitarbeitenden Familienmitgliedern erhebliche Vorteile. Durch die Einführung von Stimmrechtsaktien (64) kann den geschäftsführenden Aktionären zudem die Beherrschung der Gesellschaft mit relativ geringem Kapitalanteil erhalten werden. Sollte sich diese Massnahme auf den Zuzug weiterer Kapitalgeber nachteilig auswirken, besteht als Möglichkeit der Kompensation für die übrigen Beteiligten die Ausgestaltung deren Anteile als Vorzugsaktien mit Bevorzugung bezüglich der Dividende (65).

Als wesentliche Vorzüge der Kapitalgesellschaft gegenüber der Personengesellschaft im Rahmen der Finanzierung sind im weiteren die Anonymität der Geldgeber sowie das feste Grundkapital, welches Kapitalrückzüge ausschliesst, zu nennen (66).

Nach der Umfrage der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (67) war bei 6% der befragten Unternehmungen

62 Vgl. vorn B.

63 So auch Meier-Hayoz, Gedenkschrift Gschnitzer S. 306.

64 Art. 693 Abs. 1 OR.

65 Art. 654 OR; vgl. Bertsch S. 191.

66 Vgl. Vogel S. 57; Meier-Hayoz, Gedenkschrift Gschnitzer S. 306; Bertsch S. 190; Böckli, StR 28 S. 398 f.

67 Jber. 1970 S. 62.

die Erleichterung der Kapitalbeschaffung bei Dritten das wichtigste Motiv für die Wahl der AG als Rechtsform.

E. Erwägungen im Hinblick auf den Erbfall

Die Personengesellschaften werden durch den Tod eines Gesellschafters grundsätzlich von Gesetzes wegen aufgelöst (68).

Die einschlägigen Gesetzesbestimmungen sind indessen dispositiver Natur, und es kann daher im Gesellschaftsvertrag eine abweichende Lösung vorgesehen werden (69). Keine vertragliche Abmachung vermag aber mit Sicherheit die Erhaltung des Unternehmensvermögens zu garantieren. Einer Versilberung ihres Gesellschaftsanteils durch die Erben kann mithin mit diesen Mitteln nicht wirksam entgegengetreten werden (70). Wenn sich dennoch durch eine gesellschaftsrechtliche Regelung die Auflösung der Unternehmung vermeiden lässt, ergeben sich allenfalls nicht leicht zu bewältigende Erbteilungsprobleme (71).

Anders verhält es sich bei der AG. Als selbständige juristische Person und Trägerin der Unternehmung ist ihr Bestand von personellen Änderungen der Aktionäre unabhängig. Das stabile Grundkapital der Kapitalgesellschaft bietet auch genügend Gewähr dafür, dass im Erbfall das finanzielle Bestehen der Unternehmung gesichert ist (72). Zudem gestaltet sich die

68 Art. 574, 619 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 545 Ziff. 2 OR; eine Ausnahme bildet gemäss Art. 619 Abs. 2 OR das Ausscheiden eines Kommanditärs.

69 Die zahlreichen Vertragsklauseln als Mittel zur Unternehmenssicherung in den Personengesellschaften werden von v. Greyerz, S. 69 ff., ausführlich behandelt.

70 Zu diesem Schluss gelangt v. Greyerz S. 102.

71 Meier-Hayoz, Gedenkschrift Gschnitzer S. 307. Gleiche Schwierigkeiten entstehen beim Tode eines Einzelkaufmannes.

72 v. Greyerz S. 102; Borkowsky, Probleme S. 232: "Die echte Familien-AG ist eine Personengesellschaft ohne Kündigungsmöglichkeit." Bertsch, S. 160 f., warnt allerdings zu Recht davor, Erben, die ihr Kapital nicht in der Unternehmung belassen wollen, an der Loslösung zu hindern.

Erbteilung durch die Aufteilung der Aktien auf die Erben denkbar einfach. Auf die Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Schutz der AG vor unerwünschten Gesellschaftern und der Erhaltung des Führungsschwergewichtes ergeben, ist im nachfolgenden Abschnitt V. näher einzutreten.

Wegen dieser bedeutenden Vorteile der AG im Erbfall ist es nicht erstaunlich, dass nach den Erhebungen der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (73) 48% aller Befragten in erster Linie zur Gründung einer AG schritten, um die Erbteilung zu erleichtern. Damit steht dieses Motiv an der Spitze aller Erwägungen für die Wahl der Rechtsform.

F. Firmenrechtliche Vorteile

Während im schweizerischen Recht für die Personenunternehmungen der Grundsatz der Firmenwahrheit und Firmenstrenge gilt, herrscht für die Kapitalgesellschaften das Prinzip der Firmenfreiheit. Dieser Umstand bringt für die AG den erheblichen Vorteil mit sich, dass die häufig mit Goodwill verbundene Firma trotz eines Wechsels im Gesellschafterbestand - also auch beim Tode eines Hauptaktionärs - in jedem Falle beibehalten werden kann, während beim Ausscheiden eines Personengesellschafters, dessen Name in der Firma der Unternehmung enthalten ist, diese geändert werden muss (74).

Dieser Unterschied spielt auch in der Praxis eine wesentliche Rolle, war doch bei 26% aller von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (75) befragten Personen die "Sicherung der Firmenbezeichnung auch nach dem Tode des Unternehmers" für die Wahl der Rechtsform der AG entscheidend.

73 Jber. 1970 S. 62; vgl. dazu auch Böckli, StR 28 S. 395; ferner Bertsch S. 158 ff.

74 Art. 944 ff. OR; Vogel S. 56 f.; Meier-Hayoz, Gedenkschrift Gschnitzer S. 308; Bertsch S. 170 f.

75 Jber. 1970 S. 62.

V. Erhaltung der Familienunternehmung in der Rechtsform der Aktiengesellschaft

A. Problem

Dass sich die Rechtsform der AG auch bei Familienunternehmungen grösster Beliebtheit erfreut, ist - wie erwähnt - hauptsächlich der Erleichterung bei der erbrechtlichen Teilung zuzuschreiben (76). Nichts erweist sich in der Tat einfacher, als ein Bündel Aktien auf verschiedene Erben aufzuteilen. Schwieriger ist das Anliegen zu verwirklichen, Unternehmungsbesitz und -führung über den Erbfall hinaus der Familie oder einem beschränkten Personenkreis vorzubehalten (77). Nachstehend soll in aller Kürze eine Uebersicht über einige in der Praxis gebräuchliche Mittel zum Schutze der Familien-AG vor Ueberfremdung gegeben werden, ohne auf die sich in diesem Zusammenhang stellenden verschiedenartigen Rechtsprobleme im einzelnen einzugehen.

B. Mittel zur Erhaltung des Familiencharakters der Aktiengesellschaft

1. Vinkulierung der Namenaktien

Durch die Vinkulierung einer Namenaktie wird ihre Uebertragbarkeit erschwert oder ausgeschlossen (78). Im Unterschied zu den gewöhnlichen Namenaktien wird dabei die Eintragung ins Aktienbuch von bestimmten, in den Statuten festgehaltenen Voraussetzungen abhängig gemacht oder einem Gesellschaftsorgan (Verwaltung oder Generalversammlung) die Befugnis eingeräumt,

76 Vgl. vorn IV.E.

77 Vogel, S. 66 f., stellt häufige Situationen zusammen, welche zu unerwünschten Einflüssen bei Familienaktiengesellschaften führen können.

78 Art. 627 Ziff. 8, 684 Abs. 1 und 686 OR.

die Eintragung nach freiem Ermessen zu verweigern. Praktisch wichtigstes Kriterium für die Zulässigkeit der Uebertragung bei Familienaktiengesellschaften ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie oder einem sonstwie beschränkten Personenkreis. Erfüllt der Erwerber von Aktien diese geforderten Qualifikationen, besteht ein Rechtsanspruch auf Eintragung im Aktienbuch (79).

Als statutarische Beschränkung der Uebertragbarkeit entfaltet die Aktienvinkulierung im Gegensatz zu vertraglichen Vereinbarungen dieser Art absolute Wirkung (80). Sie erweist sich damit als wirksamstes Instrument, um die Familienunternehmung in der Form der AG zu erhalten (81). Erstaunlich ist deshalb, dass in der von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (82) durchgeführten Erhebung bloss 55 % der befragten Gesellschaften ihre Aktien vinkuliert haben.

Verweigert das zuständige Gesellschaftsorgan die Zustimmung zur Uebertragung vinkulierter Namenaktien, so kann grundsätzlich die Mitgliedschaft nicht übergehen. Gemäss herrschender Rechtsprechung kommt es jedoch, sofern die Parteien das zugrundeliegende obligatorische Rechtsgeschäft aufrechterhalten, zur Spaltung des Aktienrechts: "Der von der Gesellschaft festgehaltene Veräusserer ('Buchaktionär') bleibt der Gesellschaft gegenüber einzig legitimiert, die Mitverwaltungsrechte (insbesondere das Stimm-, Kontroll- und Anfechtungsrecht) auszuüben, wogegen die Vermögensrechte (oder genauer: die aus der Mitgliedschaft gegen die Gesellschaft hervorgehenden bereits fälligen und künftigen Forderungen) auf den von der Gesellschaft nicht aufgenommenen Erwerber übergehen" (83). Die Vinkulierung

79 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht § 39 N 19.

80 Pestalozzi-Henggeler S. 89 f.

81 Vgl. Vogel S. 112.

82 Jber. 1970 S. 63. Vgl. die Ueberlegungen dazu bei Böckli, StR 28 S. 401 ff.

83 Grundlegende Entscheide BGE 83 II 297 ff. und 90 II 235 ff. Kritik an dieser Praxis durch Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht § 39 N 23 ff.

erfasst danach nur die Mitgliedschaftsrechte, deren Träger damit weiterhin der "Buchaktionär" bleibt. Dem Uebergang der aus der Mitgliedschaft fliessenden Forderungsrechte steht sie nach herrschender Praxis indessen nicht entgegen. Träger dieser isolierbaren Rechte wird der Aktienerwerber, der seiner eigenartigen Stellung entsprechend auch als "Schattenaktionär" bezeichnet werden kann (84). Diese rechtstheoretisch nicht unproblematische Lösung trägt dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach freier Uebertragbarkeit der Aktie als Wertpapier gebührend Rechnung.

Durch eine entsprechende Bestimmung in den Gesellschaftsstatuten, welche die Mitgliedschaft und die aus ihr fliessenden Rechte nur in ihrer Gesamtheit für übertragbar erklärt, können die Aktienspaltung an sich und deren unerwünschte Folgen ausgeschlossen werden. In der Doktrin ist die Frage der Zulässigkeit einer solchen Regelung und damit zusammenhängend auch die Wirkung des dahingehenden Statuteninhaltes gegenüber Dritten allerdings umstritten (85). "Für die Praxis empfiehlt sich angesichts der ungeklärten Rechtslage im Sinne einer doppelten Absicherung, den Spaltungsausschluss auch auf den Aktienurkunden zu vermerken" (86).

Beim Erwerb der vinkulierten Namenaktien infolge Erbanges, ehelichen Güterrechtes oder Zwangsvollstreckung kann die Eintragung im Aktienbuch nur verweigert werden, wenn sich ein erwerbsberechtigter Aktionär bereit erklärt, die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen (87, 88). Uebernimmt - z.B. aus

84 Kummer S. 117 f. und Vogel S. 113, wo auch auf die sich aus dieser Situation ergebenden Probleme des unerwünschten Einflusses des "Schattenaktionärs" hingewiesen wird.

85 Vgl. dazu Vogel S. 114 und Kummer S. 120 je mit weiteren Zitaten.

86 Vogel S. 85; dsgl. Kummer S. 120.

87 Art. 686 Abs. 4 OR.

88 Zu den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sei auf die einschlägige Literatur verwiesen: Vogel S. 111 f. und dortige Zitate; Kummer S. 122 f. und dortige Zitate; ferner Lehnhard Hansjürg, Der Erwerb von vinkulierten Namenaktien infolge Erbanges, Zürcher Diss. 1975.

finanziellen Gründen - anlässlich eines dieser Ereignisse kein Erwerbsberechtigter die betreffenden Aktien zu den genannten Bedingungen, so fällt die Vinkulierung dahin. Diese Folge zeigt eine Grenze der Erhaltung der Familien-AG auf (89).

2. Vorkaufsrecht und verwandte Rechte

Neben den Vorkaufsrechten sind in der Praxis vor allem Vorhandrechte (Anbietungsrechte und -pflichten) sowie Kaufs- und Rückkaufsrechte (bedingte oder unbedingte) bewährte Mittel, die oft der Familien-AG dienstbar gemacht werden (90). Es handelt sich dabei um vertragliche Vorrechte, die als solche nur zwischen den Vertragsparteien wirken. Zur Verhinderung der Umgehungsgefahr muss ihre Wirkung aber auch auf Dritte ausgedehnt werden (91).

Als wirksamste Sicherungsmöglichkeit der Vorkaufsrechte bietet sich wiederum eine entsprechende Aktienvinkulierung an. Konkret erfolgt diese durch eine Statutenbestimmung, wonach die Gesellschaft der Aktienübertragung nur dann zustimmt, wenn kein vorkaufsberechtigter Aktionär die zum Verkauf angebotenen Anteile übernimmt (92). Als weitere zweckdienliche Massnahme kommt die Errichtung eines Sperrdepots in Frage. Die Gesellschafter hinterlegen hier die betreffenden Aktien

89 So auch Vogel S. 112 und Kummer S. 123.

90 Eine wenig aussagekräftige Angabe über deren praktische Bedeutung ergibt sich aus der Erhebung der SPA, wonach bei 24 % der befragten Gesellschaften "Poolverträge mit Bestimmungen über Options- und Vorkaufsrechte, Vorhandrechte, mit Bestimmungen für die Berechnung des Uebernahmepreises der Aktien" bestehen (Jber. 1970 S. 63). Vogel, S. 129 Anm. 288, weist zu Recht darauf hin, dass möglicherweise infolge des Fehlens jeglicher Formvorschriften etliche tatsächlich bestehende Poolverträge unerfasst blieben.

91 Eine umfassende Behandlung der damit verbundenen Probleme findet sich bei Salzgeber-Dürig S. 159 ff.

92 Vogel S. 76 f.; Kummer S. 112; Salzgeber-Dürig S. 188.

gemeinsam bei einer Drittperson (meist einer Bank oder einem Treuhänder) unter der Vereinbarung, dass die Herausgabe der Titel durch den Verwahrer die Zustimmung aller Parteien erfordert (93). Bloss beschränkte Sicherheit wird durch die Abmachung einer Konventionalstrafe erreicht. In der Literatur wird schliesslich vorwiegend die Meinung vertreten, die blosser Aufnahme des Vorkaufsrechtes in die Statuten erzeuge die gewünschte Durchsetzbarkeit gegenüber dem Dritterwerber der Aktien nicht (94).

Vorhandrechte eignen sich nicht als Inhalt einer Vinkulierungsbestimmung. Den besten Schutz vor Umgehungen gewährt hier die Errichtung eines Sperrdepots oder die Festlegung einer Konventionalstrafe (95).

Desgleichen ist es unzulässig, unbedingte Kaufs- und Rückkaufsrechte als Inhalt einer Vinkulierung in den Statuten zu verankern. Anders verhält es sich bei den bedingten Erwerbsbefugnissen dieser Art, welche als Vinkulierungsbestimmung in Frage kommen. Als Massnahmen zur Verstärkung ihrer Wirkung dienen in der Praxis auch die Errichtung eines Sperrdepots und die Festlegung einer Konventionalstrafe (96).

3. Stimmrechtsaktien

Schwieriger als die Erhaltung des Familienbesitzes ist in der Regel die Sicherstellung einer betriebswirtschaftlich befriedigenden Unternehmensführung durch Familienmitglieder zu bewerkstelligen. Am nächsten liegt die Lösung, dem für die

93 Vogel S. 130; Salzgeber-Dürig S. 80 f.; Fromer, SAG 30 S.129.

94 Vgl. die Uebersicht der Lehrmeinungen bei Salzgeber-Dürig S. 162 ff.; Kummer S. 113 Anm. 3; Vogel S. 76; a.M. Herren, Klaus W., Statutarische Berechtigung zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Berner Diss. 1973, S. 119 ff. Kritik an der von Herren entwickelten Lösung in SJZ 70 S. 163 f.

95 Ausführlich dazu Salzgeber-Dürig S. 284 ff.; Vogel S. 84 f.

96 Salzgeber-Dürig S. 268; Vogel S. 78 ff.

Unternehmensführung geeigneten Erben die Aktienmehrheit zu-
zuweisen, wenn es die Vermögensverhältnisse des beherrschenden
Aktionärs dennoch erlauben, die Pflichtteilsrechte der
übrigen zu erfüllen, oder sogar genügend Mittel für die
Gleichbehandlung aller Erben vorhanden sind. Andernfalls
eignet sich vor allem die Einführung von Stimmrechtsaktien
(97), um dem oder den für die Unternehmensleitung bestimmten
Nachfolger(n) im Erbfall das Führungsschwergewicht zu
übertragen. Auf diese Weise ist es dem Erblasser möglich,
seine Aktien kapitalmässig in gleichen Paketen auf seine
Erben zu verteilen und gleichzeitig einem oder mehreren von
ihnen den beherrschenden Einfluss in der Generalversammlung
zu erhalten. Unumgänglich stellt sich aber bei einer solchen
Massnahme wie auch bei der Zuweisung eines Mehrheitspaketes
das Problem des Minderheitsschutzes (98).

In der Praxis haben Stimmrechtsaktien zur Erhaltung der Fa-
milien-AG - wider Erwarten - offenbar nur eine recht geringe
Bedeutung erlangt, wurden solche doch nach der Erhebung der
Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (99) nur
bei 10% der befragten Gesellschaften als Instrument zur Rege-
lung der Unternehmensnachfolge eingeführt.

4. Aktionärbindungsverträge

Unter den verschiedenen Arten der Aktionärbindungsverträge
(100) ist hier von den Stimmbindungsverträgen die Rede, durch
die das Stimm- und/oder Wahlrecht der beteiligten Aktionäre
koordiniert wird. Solche Abmachungen bilden in der Praxis ein

97 Das schweizerische Recht sieht die Ausgestaltung sogenannt "verdeckter" Stimmrechtsaktien vor (Art. 693 OR).

98 Vgl. dazu Kummer S. 131 f. und Vogel S. 116 ff.

99 Jber. 1970 S. 63.

100 Glattfelder S. 181a ff.

wichtiges Mittel zur Erhaltung des Führungsschwergewichtes sowie zur Nachfolgeregelung in der Unternehmung (101). Als obligatorische Vereinbarungen entfalten sie ihre Rechtswirkungen nur inter partes. Wegen der gemeinsamen Zweckverfolgung sind sie rechtlich als einfache Gesellschaften (Aktionärkonsortien) zu qualifizieren (102). Für die wichtige Frage der Dauer einer solchen Bindung sind die für diese Gesellschaftsform vorgesehenen gesetzlichen Auflösungsgründe massgebend (103).

Die Sicherstellung einer schlagkräftigen Unternehmungsführung lässt sich einzig durch Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages des oder der beherrschenden Gesellschafter mit ihren dereinstigen Erben - wirksam für die Zeit nach ihrem Ausscheiden aus der Unternehmung - erreichen (104).

Als zweckdienliche Massnahme zur Verhinderung vertragswidriger Ausübung der Aktionärsrechte erscheint wiederum die Hinterlegung der Aktientitel in einem Sperrdepot (105). Zur Vertragssicherung dürften in der Praxis auch häufig Konventionalstrafen vereinbart werden.

-
- 101 Zum Problem des Minderheitsschutzes im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen Näheres bei Glattfelder S. 272a ff.
102 Kummer S. 115; Vogel S. 128.
103 Art. 545 f. OR.
104 Vgl. Kummer S. 132 ff.
105 Vogel S. 130; Glattfelder S. 324a und 329a.

§ 2 Besteuerung der Aktiengesellschaft

I. Selbständige Besteuerung der Aktiengesellschaft nach Ertrag und Kapital

A. Grundsatz der subjektiven Steuerpflicht der Aktiengesellschaft

Der zivilrechtlichen Anerkennung der AG als selbständige Rechtspersönlichkeit entspricht nach der in der Lehre vorherrschenden Verbands- oder Genossenschaftstheorie (1) ihre Behandlung als besonderes Steuersubjekt. Als gesonderter Rechtsträger kann die Gesellschaft Vermögen und Einkommen haben wie eine natürliche Person (2). In der Steuergesetzgebung wird die AG deshalb als Körperschaft mit eigener wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit (3) und entsprechender Steuerkraft betrachtet, welche zu derjenigen ihrer Teilhaber hinzutritt.

B. Steuerobjekte Ertrag und Kapital

Die steuerliche Leistungsfähigkeit der juristischen Personen kann nicht nach den gleichen Kriterien beurteilt werden wie diejenige natürlicher Personen (4). Dieser Erkenntnis Rechnung tragend, unterwerfen die modernen Steuergesetze die Kapitalgesellschaften regelmässig einer Spezialbesteuerung, welche an die Stelle der von natürlichen Personen zu entrichtenden Ein-

1 Siehe statt vieler Gutachten Steuerverhältnisse S. 128.

2 Blumenstein, System S. 156 f.

3 "Nach moderner Steuerrechtsauffassung verlangt die Gleichmässigkeit der Besteuerung die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit" (Attinger S. 210). Vgl. auch Gutachten Steuerverhältnisse S. 37 ff.; Expertenbericht Motion Piller S. 30.

4 Vgl. Egli S. 3.

kommens- und Vermögenssteuern tritt. Als Bemessungsgrundlagen dienen dabei Reinertrag und Eigenkapital.

Die Berechnung des steuerbaren Reinertrages erfolgt - ebenso wie die des steuerpflichtigen Kapitals - nach Massgabe der Bilanz sowie der Erfolgsrechnung, die nach den zwingenden Vorschriften des OR (5) und in Uebereinstimmung mit dem Grundsatz der Bilanzklarheit und der Bilanzwahrheit zu erstellen sind (6). Der Besteuerung unterliegt das gesamte während eines Geschäftsjahres erzielte Geschäftsergebnis. Die Einzelheiten über die gegenüber der Handelsbilanz vorzunehmenden Zuschläge bzw. Abzüge sind in den jeweiligen Steuergesetzen abschliessend festgehalten (7).

Als steuerbares Eigenkapital gelten das einbezahlte Grundkapital sowie die offenen und die als Ertrag versteuerten stillen Reserven (8).

5 Art. 662 ff. und 957 ff.

6 Zur Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz Weber S. 53 ff.

7 Vgl. zur Ermittlung des steuerbaren Reinertrages im einzelnen Höhn, Steuerrecht § 24 N 3 ff.; Blumenstein, System S. 232 ff.; Masshardt N 1 ff. zu Art. 49.

Es ist darauf hinzuweisen, dass viele Gesellschaften, die keine Publizitätspflicht haben - wie dies bei Familienaktiengesellschaften der Fall ist -, Handelsbilanzen aufstellen, deren Wertansätze weitgehend durch steuerliche Ueberlegungen bestimmt werden. Dadurch können das Bild sowie die Ertragslage der Handelsbilanz oft völlig verfälscht werden (vgl. Weber S. 106 ff.).

8 Blumenstein, System S. 230 ff. Eine umfassende Uebersicht gibt Rüttimann S. 18 ff.

C. Steuermass

1. Bei der Ertragssteuer

a) Grundsätzliches

Die progressive Besteuerung wird namentlich bei natürlichen Personen angewendet. Ihre Rechtfertigung findet sie in der Ueberlegung, dass je höher das Einkommen einer natürlichen Person ist, desto mehr sie davon für Entbehrliches erübrigen kann, und desto mehr ihr auch zuzumuten ist, an die Kosten der im Gemeinwesen organisierten menschlichen Gesellschaft beizutragen (Prinzip der steuerlichen Leistungsfähigkeit). Der Progressionsgedanke wurde auch auf juristische Personen übertragen, obwohl diese nicht wie die natürlichen einen Zwangsbedarf zur Fristung ihres Lebens zu decken haben, auf den bei der Auferlegung von Steuerleistungen Rücksicht zu nehmen ist (9). Während sich die steuerliche Leistungsfähigkeit natürlicher Personen in der absoluten Höhe des Einkommens äussert, kommt diejenige der Kapitalgesellschaften vor allem in der Relation zwischen Ertrag und Kapital (= Rendite) zum Ausdruck und nur in zweiter Linie in der absoluten Höhe des herausgewirtschafteten Ertrages (10). Gestützt auf diese Erkenntnis wird die progressive Besteuerung der Aktiengesellschaften in der Schweiz hauptsächlich durch zwei verschiedene Systeme erreicht: Beim einen - überwiegend anzutreffenden - stehen die steigenden Steuersätze in gleitender Abhängigkeit vom Ertrag im Verhältnis zum Eigenkapital, wobei stets ein proportionaler Höchstsatz und meist auch ein proportionaler Mindestsatz vorgesehen wird. Man spricht von Besteuerung nach Ertragsintensität i.e.S. Beim andern wird der Ertrag in Tranchen zerlegt, von denen jede proportional besteuert wird, wobei der Steuersatz von Stufe zu Stufe steigt

9 Bericht Subkommission Nr. 10 S. 4.

10 Grundsätzliche Bemerkungen dazu bei Attinger S. 229; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 10 Vorbemerkungen zu §§ 43-52.

(Zwei- oder Mehrstufentarif). Auch dabei handelt es sich um einen Tarif nach Ertragsintensität, allerdings nur i.w.S. (11).

Seit einiger Zeit haben sich in der Wissenschaft Zweifel an der Richtigkeit der Besteuerung nach Ertragsintensität i.e.S. eingestellt. Diese Besteuerungsart bewirke nämlich ein Absinken des Steuersatzes, wenn das Eigenkapital stärker zunimmt als der steuerlich erfassbare Ertrag. Ueberdies benachteilige sie neugegründete Unternehmungen ohne Reserven gegenüber alten konsolidierten Unternehmen, welche in hohem Masse Eigenfinanzierung betrieben und so umfangreiche Reserven anzulegen vermochten. Im weitem wird gegen diese Besteuerungsform eingewendet, sie bevorzuge kapitalintensive Betriebe gegenüber arbeitsintensiven (12). Anlass zu Kritik an der Ertragsintensitätsbesteuerung dürfte auch die Tatsache geben, dass das Verhältnis zwischen Reinertrag und Eigenkapital weitgehend manipulierbar ist (13). Bei juristischen Personen könne schliesslich überhaupt nicht von steuerlicher Leistungsfähigkeit gesprochen werden wie bei natürlichen, weil sie aus ihrem Reinertrag keinen Zwangsbedarf zu befriedigen haben (ihre Kosten werden ja vor Ermittlung des Ertrages bereits alle gedeckt). Diese Ueberlegungen führen zum Schlusse, dass einzig eine proportionale Ertragsbesteuerung sachlich richtig sei. Immerhin wird eingeräumt, es lasse sich rechtfertigen, die Besteuerung in dem Sinne abzustufen, dass für einen Teil des Ertrages ein niedrigerer Steuersatz zur Anwendung kommt. Die Abstufung sei dabei so vorzunehmen, dass man den Ertrag in eine Komponente "Verzinsung des Eigenkapitals" und eine höher belastbare Komponente "Unternehmergewinn" auf-

11 Bericht Subkommission Nr. 10 S. 5 ff.

12 Vgl. Blumenstein, System S. 259; Attinger S. 230; Gutachten Steuerverhältnisse S. 40 f.; Bericht Subkommission Nr. 10 S. 11 f.

13 Vgl. hinten § 3 III.

teilt (14). Ein anderer Vorschlag bezweckt die Begünstigung von Kleinbetrieben, indem ein absolut festgesetzter Mindestbetrag niedriger besteuert würde als der übrige Ertrag (15).

Zwar stellt auch ein Zweistufentarif, dessen untere Stufe der Verzinsung des investierten Eigenkapitals Rechnung trägt und somit einen festen Prozentsatz dieses Kapitals ausmacht, einen Tarif nach Ertragsintensität dar; doch ist die progressive Wirkung milder als bei der Besteuerung nach Ertragsintensität i.e.S.

Folgt man obigen Ueberlegungen, sind Drei- und Mehrstufentarife abzulehnen, da es ihnen an einer inneren Begründung fehlt, welche für Zweistufentarife im erwähnten Sinne gegeben werden kann (16).

b) Geltende Regelungen in Bund und Kantonen (17)

In der Mehrheit der Kantone ist das System der Besteuerung nach Ertragsintensität i.e.S. verwirklicht. Nach der klassischen Formel entspricht der Steuersatz "halb so vielen Prozents des steuerbaren Ertrages, als dieser Prozente des steuerbaren Kapitals ausmacht". Diese Regelung besteht heute noch in den Kantonen ZH, BE, LU, SZ, ZG, BL, AI und JU (18). Im Kanton BS ist der Steuersatz gleich der Höhe der Ertragsintensität. Daneben dienen auch andere Bruchteile der Rendite als Steuertarif: so 8/10 in den Kantonen VD und FR, 3/4 im

14 So Expertenbericht Motion Piller S. 100 und 165.

15 Bericht Subkommission Nr. 10 S. 12. Vgl. auch die Regelung im Kanton SG, hinten II. C. 2. b) sowie das Postulat der SPA, Jber. 1977 S. 45.

16 Bericht Subkommission Nr. 10 S. 12 f.

17 Für Einzelheiten dazu sei auf "Die Steuern in der Schweiz, II. Teil: Ertrags- und Kapitalsteuern juristischer Personen" (wird laufend nachgeführt) verwiesen.

18 Im Kanton AI wird die AG wie natürliche Personen besteuert, sie kann aber auf Gesuch hin anstelle der Steuer der natürlichen Personen eine Ertrags- und eine Kapitalsteuer entrichten.

Kanton GE, 7/10 in den Kantonen UR und SO, 7/20 im Kanton TG und 1/4 im Kanton OW. Zur Begrenzung der Progression enthalten die Steuerordnungen regelmässig sogenannte Rahmensätze (Mindest- und Höchstansätze).

Bei der Wehrsteuer sowie in den Kantonen GL, TI und VS wird die Reinertragssteuer nach einem Drei- bzw. Vierstufentarif mit relativen Stufengrenzen berechnet. Einen Mehrstufentarif mit absoluten Stufengrenzen sieht das Steuergesetz des Kantons SH vor. Im Kanton SG ist ein Dreistufentarif mit einer relativen und einer absoluten Stufengrenze verwirklicht.

Das Steuergesetz des Kantons AG statuiert einen recht fortschrittlichen Zweistufentarif, nach welchem der Ertrag in eine Komponente "Verzinsung des Eigenkapitals" (5% des Eigenkapitals) und eine höher belastete Komponente "Unternehmergewinn" aufgeteilt wird.

Ganz eigenwillige Lösungen finden wir in den Kantonen NW und AR, wo sich die Ertragssteuern nach dem für natürliche Personen geltenden progressiven Tarif berechnen (AR ev. Minimalsteuer auf Bruttoeinnahmen), während die Kantone GR und NE spezielle progressive Tarife für juristische Personen vorsehen.

c) Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung

Gemäss Gesetzesentwurf für die direkte Bundessteuer soll der Ertrag von Kapitalgesellschaften grundsätzlich proportional besteuert werden, und zwar nach einem Zweistufentarif, dessen untere Stufe der Verzinsung des investierten Eigenkapitals Rechnung trägt (19).

19 Art. 97. Vgl. dazu im einzelnen Bericht Subkommission Nr. 10 S. 18 ff.

Der überarbeitete Entwurf für das Rahmengesetz überlässt die Gestaltung der Tarifstruktur den Kantonen (20), wie dies in der Bundesverfassung (21) ausdrücklich vorgeschrieben wird.

2. Bei der Kapitalsteuer

Neben der Ertragsbesteuerung kommt der ergänzenden Kapitalsteuer bloss eine untergeordnete Bedeutung zu, was sich u.a. in ihrer bescheidenen Höhe äussert. Der Bund und die meisten Kantone erheben proportionale Steuern mit Sätzen zwischen 1 und 6 ‰. In den übrigen Kantonen besteht ein leicht progressiver Tarif bis ca. 3,5 ‰ (22).

Mit der Einführung der direkten Bundessteuer und der Steuerharmonisierung ist diesbezüglich keine Aenderung vorgesehen (23), wenn auch der proportionalen Besteuerung des Kapitals generell der Vorzug gegeben wird (24).

II. Problem der steuerlichen Doppelbelastung von Aktiengesellschaft und Aktionär

A. Wesen und Rechtfertigung

Die doppelte steuerliche Belastung beruht darauf, dass die im Grunde genommen gleichen "ökonomischen Substrate" einmal

20 Art. 27 Abs. 1; vgl. demgegenüber Art. 27 Abs. 1 und Abs. 5 Entwurf Rahmengesetz.

21 Art. 42 quinquies Abs. 2.

22 Vgl. vorn Anm. 17.

23 Vgl. Gesetzesentwurf direkte Bundessteuer Art. 107; Entwurf Mustergesetz Art. 107; Entwurf Rahmengesetz Art. 29.

24 Vgl. Bericht Subkommission Nr. 10 S. 13.

bei der AG als Ertrag bzw. Kapital und ein zweites Mal bei den Aktionären als Einkommen bzw. Vermögen besteuert werden. Ursache der Doppelbelastung ist das aus dem Zivilrecht übernommene Trennungsprinzip bei juristischen Personen, welches vom Bestehen zweier selbständiger, voneinander unabhängiger Rechtssubjekte, Kapitalgesellschaft einerseits und Gesellschafter andererseits, ausgeht. Entsprechend wird der AG im Steuerrecht auch eigene Steuerkraft zugeordnet (25).

Die Prüfung, ob diese Doppelbelastung unter finanzwissenschaftlichen Gesichtspunkten eine zweckmässige steuerliche Erfassung der AG und ihrer Anteilsinhaber bewirke, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen (26). Das in den schweizerischen Steuergesetzen verwirklichte System der Doppelbelastung, an dem gemäss verschiedenen eingehenden Untersuchungen grundsätzlich festzuhalten ist (27), dient deshalb hier als Ausgangspunkt. Die Beseitigung der Doppelbelastung scheint sich danach in der Schweiz gar nicht ernstlich aufzudrängen (28). Die Bestrebungen in der neueren Entwicklung der Steuergesetzgebung beschränken sich vielmehr auf die Suche nach einer milderen, sachgerechten Besteuerung der AG.

Für die selbständige Steuerfähigkeit der AG wird namentlich geltend gemacht, die Gesellschaft stelle nicht nur juristisch, sondern auch ökonomisch eine eigenständige Einheit mit eigener Leistungsfähigkeit dar, welche bei der Besteuerung nicht aus-

-
- 25 Vgl. dazu David S. 102 f.; Blumenstein, System S. 157; Attinger S. 22; Känzig, AG S. 26 f.; ferner vorn I. A.
- 26 Es sei dazu auf Höhn, ASA 38 S. 41 ff., verwiesen.
- 27 Vgl. Bericht Subkommission Nr. 10 S. 14 und 29; Gutachten Steuerverhältnisse S. 36 ff.; Expertenbericht Motion Piller S. 26 ff.
- 28 Demgegenüber wurde in der Bundesrepublik Deutschland 1977 das System der steuerlichen Anrechnung eingeführt. Danach hat die Körperschaftssteuer nur noch den Charakter einer vorläufigen Besteuerungswirkung für die Einkommenssteuer. Dadurch wird die Doppelbelastung von Dividenden als Körperschaftssteuer bei der Gesellschaft und als Einkommenssteuer beim Aktionär beseitigt und dem Gebot der wettbewerbsneutralen Besteuerung besser Rechnung getragen (Helbling S. 353 f.; vgl. daselbst auch die Hinweise auf die Verhältnisse in Frankreich und Grossbritannien).

ser acht gelassen werden könne. Die Behandlung als selbständiges Steuersubjekt wird dort allgemein anerkannt, wo die Unternehmung einem so weiten Aktionärkreis gehört, dass der einzelne Anteilsinhaber nicht in der Lage ist, den Gang des Unternehmens zu beeinflussen (29). Dies ist der Fall bei den Publikumsgesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind oder ausserbörslich regelmässig gehandelt werden. Den Aktionären solcher Grossgesellschaften ist in der Praxis die Einflussnahme auf die geschäftsleitenden Entscheide betreffend Gewinnstrebigkeit, Lohn-, Preis- und Dividendenpolitik der Unternehmung verwehrt. Sie pflegen aus diesem Grunde in der AG ein fremdes Gebilde zu sehen. Ihre Aktien haben lediglich die Bedeutung einer verzinslichen Kapitalanlage, bei der es wichtiger ist, was die Gesellschaft an Gewinnen ausschüttet als was sie an Gewinnen erzielt. Vermögen und Gesamtertrag der Gesellschaft können bei dieser Sachlage infolge der weitgehenden Verselbständigung auch wirtschaftlich unmöglich als solche ihrer Anteilsinhaber angesehen werden, nachdem ihr Schicksal weitgehend ohne deren Zutun bestimmt wird. Dies gilt zumindest für die "Anlage-" und "Spekulationsaktionäre" (30), die in Publikumsgesellschaften aber die Mehrheit bilden. Unter diesen Umständen sind Gesellschaft und Aktionär zwei verschiedene Wirtschaftssubjekte und jedes von ihnen hat seine eigene Steuerpflicht zu erfüllen. Die steuerliche Doppelbelastung kann hier keinen Anstoss erregen. Eine Uebertragung dieser Argumentation auf Familienaktiengesellschaften erscheint indessen nicht zutreffend (31).

Die Berechtigung der Doppelbelastung wird häufig auch mit der Theorie der Vorteilsausgleichung begründet. Danach lässt

29 Vgl. dazu Bericht Subkommission Nr. 10 S. 16; Gutachten Steuerverhältnisse S. 37; Expertenbericht Motion Piller S. 29 f.; Trachsler S. 88; Känzig, AG S. 59.

30 Trachsler S. 88.

31 Näheres dazu hinten § 3 II.

sich eine steuerliche Mehrbelastung der Gesellschaftsform der AG (mit Einschluss der Aktionäre) innerlich deshalb rechtfertigen, weil diese vielen Unternehmungen gegenüber den Rechtsformen der Personengesellschaften bedeutsame Vorteile nicht steuerlicher Natur bietet: Zu erwähnen sind die Haftungsbeschränkung, die günstigeren Finanzierungsmöglichkeiten, die Kleinheit und leichte Uebertragbarkeit der einzelnen Anteile und ihr vom Schicksal der Anteilsinhaber unabhängiger Bestand sowie die damit verbundene höhere Kreditfähigkeit (32), welche ihrerseits eine erhöhte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bewirken. Ich teile indessen die Auffassung Trachslers (33), dass dieser Vorteilstheorie keine selbständige Bedeutung zukommt, da auch sie auf der Annahme der eigenen Steuerkraft der AG beruht. Dennoch steht einer ergänzenden Heranziehung zur Begründung der steuerlichen Mehrbelastung der Rechtsform der AG nichts im Wege. Dass die erwähnten Vorzüge aber der Kategorie der Familienaktiengesellschaften nur in beschränktem Masse zugute kommen, haben wir bereits festgestellt (34).

Schliesslich erfordert die Verwirklichung eines lückenlosen Einkommenssteuersystems die selbständige Besteuerung der AG, weil erst damit die zurückbehaltenen Gesellschaftsgewinne erfasst werden können. Die Einkommenssteuer beim Aktionär versagt auch dann, wenn dieser einer andern Steuerhoheit unterworfen ist als die Gesellschaft (35). Diese steuerpoli-

32 Vgl. Expertenbericht Motion Piller S. 30; Gutachten Steuer-
verhältnisse S. 42; Bericht Subkommission Nr. 10 S. 15;
Einzelheiten dazu vorn § 1 IV.

33 S. 86.

34 Vorn § 1 IV.; vgl. auch hinten § 3 II. A.

35 Känzig, AG S. 78 ff.; Trachsler S. 89 f.; Expertenbericht
Motion Piller S. 30 f.; Gutachten Steuerverhältnisse S.
38 ff. Selbst Sonntag, der die Doppelbelastung vehement
verurteilt, da er in den Dividenden einen Schuldposten
der AG erblickt, anerkennt, dass die nicht verteilten
Gewinne bei der Gesellschaft besteuert werden müssen
(SAG 20 S. 152 f.).

tisch gefärbten Erwägungen stellen aber für sich allein betrachtet keine Argumente für die Doppelbelastung dar; sie bezwecken lediglich die einmalige steuerliche Erfassung der von der Kapitalgesellschaft erwirtschafteten Gewinne. Mit diesen Ueberlegungen lässt sich aber - im Gegensatz zu den vorstehend erwähnten - auch die subjektive Steuerpflicht der Familienaktiengesellschaften begründen (36).

B. Begriff

Das eben beschriebene Phänomen der Doppelbelastung wird im Schrifttum häufig als "Doppelbesteuerung" (37) oder aber "wirtschaftliche Doppelbesteuerung" (38) bezeichnet. Eine Doppelbesteuerung im Rechtssinne liegt indessen "angesichts der rechtlichen Verschiedenheit und Selbständigkeit des Verbandes und der Mitglieder einerseits und der entsprechenden Steuerobjekte andererseits" nicht vor (39). Demgemäss hat das Bundesgericht die Verletzung des in Art. 46 Abs. 2 BV statuierten Doppelbesteuerungsverbotens durch gleichzeitige Besteuerung der AG und der Aktionäre stets verneint (40). Um Missverständnisse auszuschliessen, wird hier auch der Ausdruck "wirtschaftliche Doppelbesteuerung" gemieden und an seiner Stelle von "(wirtschaftlicher, steuerlicher) Doppelbelastung" gesprochen (41, 42).

36 Vgl. Trachsler S. 89.

37 Sontag, SAG 20 S. 148 ff.

38 Widmer, ASA 20 S. 115; Gyax, Band 1 N 124; Blumenstein, System S. 157 u.a.

39 Blumenstein, System S. 157; Attinger S. 21; Bosshard M. S. 32.

40 BGE 34 I 486 f. mit Bezugnahme auf eine Familien-AG; 46 I 14 f. und 50 I 18 f.

41 "Eine Doppelbelastung im steuerlichen Sinne liegt vor, wenn das Gemeinwesen ein Privatrechtssubjekt für Einkommensbestandteile besteuert, die auch ein anderes Privatrechtssubjekt als Einkommen zu versteuern hat" (Känzig, AG S. 26 f.). Diese Definition ist analog auf die Vermögensbesteuerung übertragbar.

42 So auch bei Reimann/Zuppinger/Schärrer N 30 Vorbemerkungen zu §§ 43-52; Attinger S. 22; Expertenbericht Motion Piller S. 28; Käzig, AG S. 105.

C. Ausgestaltung im schweizerischen Steuerrecht

1. Einführung

Die Doppelbelastung im Verhältnis zwischen AG und Aktionär tritt je nach der Erfassung der Steuerobjekte in folgenden Bereichen auf (43):

- Beim ausgeschütteten Gewinn dadurch, dass die Gesellschaft für den ganzen von ihr erzielten Gewinn und gleichzeitig der Aktionär für sein gesamtes Einkommen, also auch für die ihm zufließenden Anteile am Gesellschaftsgewinn, besteuert wird.
- Beim zurückbehaltenen Gewinn, wenn die Wertsteigerung der Aktien bei der Realisation durch den Aktionär steuerlich erfasst wird (z.B. durch Kapitalgewinnbesteuerung oder bei der Liquidation der Gesellschaft).
- Beim Kapital, indem bei der AG das Eigenkapital und bei den Aktionären der Aktienwert als Vermögen steuerlich erfasst wird.

2. Gesetzliche Abschwächung bzw. Beseitigung der Doppelbelastung

a) Im allgemeinen

Von voller wirtschaftlicher Doppelbelastung ist zu sprechen, wenn die Gesellschaft für den ganzen von ihr erzielten Ertrag und das ganze Eigenkapital und gleichzeitig die Aktionäre für ihr Gesamteinkommen und -vermögen steuerlich belastet werden, wobei die Steuerleistungen beider nach den selben Grundsätzen

43 Vgl. Attinger S. 22 ff.

und Tarifen ermittelt werden (44). Im schweizerischen Steuerrecht ist die Doppelbelastung regelmässig abgeschwächt - in wenigen Fällen gänzlich beseitigt.

Eine gewisse Abschwächung bewirkt die Einführung besonderer Steuertarife, indem der Steuersatz für den Ertrag und das Kapital der AG tiefer angesetzt wird als derjenige für das Einkommen und das Vermögen natürlicher Personen (45). Dies ist im Bund und in den meisten Kantonen der Fall (46).

b) Beim Ertrag im besonderen

In den Kantonen OW, NW und AR sind die Dividenden aus Beteiligungen an Aktiengesellschaften mit Sitz im betreffenden Kanton von der Einkommenssteuer befreit (47).

Zu einer sachgerechten Abschwächung der Doppelbelastung führt das im Kanton SG verwirklichte System des "gespaltenen" Steuersatzes, welches auf einer Art "Normaldividende" von 6% des steuerbaren Kapitals einen herabgesetzten Ertragssteuersatz anwendet, also die Normalausschüttung bevorzugt und die Zurückbehaltung von Gewinnen entsprechend steuerlich mehr belastet (48). In diesem Zusammenhang ist auch der Zweistufen-tarif des Kantons AG zu erwähnen, welcher der Verzinsung des investierten Eigenkapitals Rechnung trägt.

44 Attinger S. 24; Känzig, AG S. 111.

45 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 31 Vorbemerkungen zu §§ 43-52; Attinger S. 24; Känzig, AG S. 112.

46 Für Einzelheiten dazu sei auf "Die Steuern in der Schweiz, I. Teil: Einkommens- und Vermögenssteuern natürlicher Personen" (wird laufend nachgeführt) verwiesen.

47 Eine derartige Regelung, welche bei Wohnsitz von Gesellschaft und Gesellschafter im selben Kanton eine Vermeidung der Doppelbelastung vorsieht, bei interkantonalen Tatbeständen jedoch eine entsprechende Entlastung verweigert, verstösst in verschiedenen Hinsichten gegen das Postulat der Steuergerechtigkeit (vgl. dazu im einzelnen Knechtle S. 56 f. und Känzig, AG S. 93 ff.).

48 Vgl. David S. 103; Böckli, StR 28 S. 407; Bericht Subkommission Nr. 10 S. 17. Vorbild dafür bildete die Lösung der Bundesrepublik Deutschland, welche als erstes Land den "gespaltenen" Steuersatz eingeführt hatte (51% auf dem nicht ausgeschütteten, 15% auf dem ausgeschütteten Gewinn).

Eine bedeutsame Milderung der Doppelbelastung ist sodann in dem Umstand zu sehen, dass die Gehälter der in der Unternehmung mitarbeitenden Aktionäre - wie diejenigen der übrigen Angestellten - bei der Ermittlung des Gesellschaftsgewinnes als Aufwand gelten und damit den steuerbaren Ertrag schmälern (49, 50).

Eine Milderung entsteht auch, wenn die Steuern bei der AG als abzugsfähiger Aufwand anerkannt werden (51).

Beim nicht ausgeschütteten Gesellschaftsgewinn kommt das System der Doppelbelastung zumindest einstweilen nicht zum Tragen, da dieser zunächst allein von der AG zu versteuern ist. Seine spätere Erfassung bei den Aktionären erfolgt aber meistens durch Besteuerung des Kapitalgewinnes bei der Veräusserung der Beteiligungen bzw. bei der Liquidation der Gesellschaft (52).

c) Beim Kapital im besonderen

Der Bund erhebt bei natürlichen Personen keine Vermögenssteuer mehr. Die zweifache steuerliche Belastung entfällt ebenfalls in den Kantonen OW und NW, wo die Aktionäre für den Aktienbesitz an im betreffenden Kanton steuerpflichtigen Gesellschaften steuerfrei sind. Weitere eigenartige Abschwächungen der Doppelbelastung bei den Vermögenssteuern bestehen in den Kantonen SZ, BS, AR und NE.

-
- 49 Reimann/Zuppinger/Schärer N 31 Vorbemerkungen zu §§ 43-52; Känzig, AG S. 28 Anm. 2.
50 Die abschwächende Wirkung ist naturgemäss vor allem für Familienaktiengesellschaften von Bedeutung, da bei ihnen in der Regel mehrere Gesellschafter auch die Geschäftsführung innehaben.
51 Bericht Subkommission Nr. 10 S. 17 und vorn § 1 IV.C.2.c).
52 Näheres dazu hinten §§ 9-11.

2. TEIL: DIE STEUERLICHE DOPPELBELASTUNG DER FAMILIEN- AKTIENGESELLSCHAFTEN UND IHRER AKTIONÄRE

§ 3 Einführung

I. Bedeutung der steuerlichen Doppelbelastung bei Familienaktiengesellschaften

Wie bereits festgestellt wurde (1), führen die sogenannten Publikumsaktiengesellschaften nicht nur vom formalistischen Standpunkt aus betrachtet, sondern auch wirtschaftlich ein von den Beteiligten weitgehend unabhängiges Dasein. Verschiedene Autoren gehen mit Recht so weit, den Kapitalanteil des typischen Publikumsaktionärs als verzinsliche Anlage zu charakterisieren, weil sich dessen Interesse bloss auf die Dividende und die Wertbeständigkeit der Anlage beschränke (2). Damit wird zum Ausdruck gebracht, wie die Mitwirkungsrechte des Aktionärs gegenüber den vermögensmässigen Rechten in den Hintergrund treten. Die mangelnde Anteilnahme an der Geschäftsleitung der AG ist letztlich der Grund dafür, dass die steuerliche Doppelbelastung dem Publikumsaktionär gar nicht zum Bewusstsein kommt, und zwar um so weniger, als er dadurch auch nur unbedeutend berührt wird, weil seine Beteiligung nur einen kleinen Bruchteil ausmacht (3). Aus dieser Situa-

1 Vorn § 2 II. A.

2 So Grosheintz, ASA 21 S. 356; Expertenbericht Motion Piller S. 30; Vogel S. 141; Borkowsky, Probleme S. 232; Gutachten Steuerverhältnisse S. 60 f.: "Für den Publikumsaktionär ist wirtschaftlich nicht ausschlaggebend, was die Gesellschaft verdient, sondern was sie ausschüttet; für den Familienaktionär umgekehrt kommt es darauf an, was verdient, nicht was ausgeschüttet wird."

3 Gleich im Resultat: Grosheintz, ASA 21 S. 356; Vogel S. 141. Vgl. auch Gutachten Steuerverhältnisse S. 40; Prym S. 21.

tion drängt sich der Schluss auf, dass "die wirtschaftliche Mehrfachbelastung lediglich rechnerisch theoretisch, nicht aber in der sozialen Realität besteht" (4).

Anders verhält es sich bei Familienaktiengesellschaften. Hier besteht zwischen den Aktionären und der Gesellschaft eine derart enge Verbindung, dass von einem wirtschaftlichen Eigenleben im eben beschriebenen Sinne nicht gesprochen werden kann (5). Die Gründe, die zu dieser Feststellung führen, sind verschiedenartig. Die Verbundenheit des typischen Familienaktionärs mit der Gesellschaft rührt zunächst daher, dass dieser, wenn nicht sein ganzes Vermögen, in der Regel doch grössere Teile davon in der Unternehmung investiert hat (6). Ist er zudem als Arbeitnehmer der AG tätig, bildet diese seine eigentliche Existenzgrundlage. Aus diesem Sachverhalt erklärt sich sein reges Interesse am Gedeihen der Gesellschaft und an der Mitwirkung in der Geschäftsführung. Unter solchen Umständen steht ihm aber auch regelmässig der Einblick in die Buchführung und damit in die Steuerleistungen der AG offen, so dass er sich der doppelten steuerlichen Erfassung gewisser Einkommens- und Vermögensteile eher bewusst wird (7). Folge der wirtschaftlichen Identifikation des Familienaktionärs mit der Gesellschaft ist schliesslich, dass er trotz der rechtlichen Trennung auch deren Steuerlast als seine eigene empfindet (8) - die Doppelbelastung wird zur Realität (9). Ist die Familien-AG durch Umwandlung einer Einzelunternehmung oder einer Personengesellschaft ent-

4 Borkowsky, Probleme S. 234.

5 So auch Känzig, AG S. 79; vgl. auch vorn § 2 II. A.

6 Vgl. dazu vorn § 1 II. B. 3.

7 Vgl. Grosheintz, ASA 21 S. 356; Vogel S. 141; Gygax, Band 1 N 124; Gutachten Steuerverhältnisse S. 18.

8 Siehe Höhn, ASA 38 S. 48.

9 Borkowsky, Probleme S. 234.

standen, wird er sich zudem durch Vergleich mit der früheren Steuerleistung Rechenschaft über die wirtschaftliche Doppelbelastung geben müssen. Da der Familienaktionär im übrigen in der Regel über eine grössere Beteiligung verfügt, trifft ihn die mehrfache steuerliche Erfassung besonders empfindlich und zeitigt bei ihm entsprechend stossende Wirkungen.

II. Steuerliche Sonderbehandlung der Familienaktiengesellschaften?

A. Rechtfertigung einer Sonderbehandlung

Im Anschluss an die vorstehenden Ueberlegungen wurde verschiedentlich die Frage nach einer Entlastung der Familienaktiengesellschaften durch steuerliche Sonderbehandlung erwogen (10).

Zur Begründung des Postulates nach einem Sonderstatut wird die Tatsache in den Vordergrund gestellt, dass die typische Familien-AG im Wirtschaftsverkehr keine reale, eigenständige Grösse darstelle, welche die Annahme selbständiger Steuerkraft rechtfertigen würde. Es komme hier nicht zu jenem Eigenleben der Gesellschaft und zu jener Entfremdung zwischen Geschäftsleitung und Beteiligten, wie sie für Publikumsaktiengesellschaften charakteristisch seien (11).

Mit der Theorie der Vorteilsausgleichung könne ferner eine steuerliche Mehrbelastung der Familien-AG nicht gerechtfertigt werden. Aus dem Katalog der Vorteile, welche eine gesteigerte Steuerkraft bewirken, bleibe einzig die mit dem gesicherten Bestand verbundene höhere Kreditfähigkeit, welche

10 Gutachten Steuerverhältnisse S. 45 ff.; Höhn, ASA 38 S. 48 f.; Känzig, AG S. 68 ff.; Expertenbericht Motion Piller S. 31.

11 Vgl. vorn § 2 II. A.

auch bei derartigen Gesellschaften zum Tragen komme. Dagegen dürfe der Haftungsbeschränkung - einem wesentlichen Faktor bei der Heranführung grösserer Leistungsfähigkeit - in der Regel nur geringe Bedeutung beigemessen werden. Auch sei es der Familien-AG verwehrt, von der Möglichkeit der erleichterten Kapitalbeschaffung im grossen Umfange Gebrauch zu machen. Infolge der charakteristischen Beschränkung des Aktionärkreises durch Vinkulierung der Aktien sei zudem der Vorzug der leichten Uebertragbarkeit der Anteile bloss im Erbfall von Bedeutung (12).

Ueberdies werden zur Rechtfertigung eines Sonderstatuts zu Recht auch Ueberlegungen rein steuerpsychologischer Natur angeführt.

Zwischen der Struktur der Publikums-AG und derjenigen der Familien-AG bestehen erhebliche tatsächliche Unterschiede, welche in der wirtschaftlichen und soziologischen Stellung der Teilhaber ihren Niederschlag finden (13). Entsprechend ist der typische Familienaktionär als "Unternehmer" und weniger als "Kapitalanleger" zu bezeichnen und in seiner Funktion mit dem Teilhaber an einer Kollektivgesellschaft vergleichbar (14). Während die ökonomische Selbständigkeit bei Publikumsgesellschaften einen Grad erreicht, der den Aktionär als blossen Obligationär erscheinen lässt, besteht bei Familienaktiengesellschaften - wiederum wirtschaftlich betrachtet - Identität zwischen der juristischen Person und ihren Teilhabern, so dass Vermögen und Gesamtertrag der Gesellschaft sich faktisch als solche der Aktionäre erweisen. Im Hinblick auf die Erfassung der wirtschaftlichen Sachver-

12 Vgl. dazu vorn § 2 II. A.; § 1 II. und IV.; ferner Borkowsky, Probleme S. 232; Birgelen S. 33.

13 Vgl. vorn § 1 II. und vorstehend I.; David S. 81 ff.

14 Vgl. Gutachten Steuerverhältnisse S. 60; Expertenbericht Motion Piller S. 31.

halte erscheint damit die Anknüpfung an die rechtliche Verschiedenheit von AG und Aktionär sowie die Annahme eigener Steuerkraft der juristischen Person, wie sie Grundlage des heutigen Steuerrechtes bilden, den spezifischen Verhältnissen bei Familienaktiengesellschaften nicht angemessen. Dazu kommt, dass diese sich die Vorteile der Kapitalgesellschaften, welche gegenüber den Personengesellschaften zu vermehrter Steuerkraft führen, nur in stark eingeschränktem Masse zunutze machen können. Diese Umstände weisen auf eine Differenzierung in der steuerlichen Behandlung hin. Ist aber die Familien-AG in ihrer wirtschaftlichen Struktur der Kollektivgesellschaft am ähnlichsten, liegt es nahe, deren Besteuerung ebenfalls derjenigen der Personengesellschaften anzugleichen. Eine solche Massnahme würde auch zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit der Familien-AG mit gleichartigen Betrieben beitragen.

Känzig (15) und die Expertenkommission für die Motion Piller (16) erheben grundsätzliche Bedenken gegen die Einführung eines Sonderstatutes für Familienaktiengesellschaften, indem sie der Befürchtung Ausdruck geben, eine günstigere steuerliche Sonderbehandlung könnte die Entstehung solcher atypischer Gesellschaftsformen noch fördern. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass es nicht Aufgabe des Steuerrechtes sein kann, dort für vermehrte Typenfixierung zu sorgen, wo es das Zivilrecht nicht tut (17). Ueberdies geben - wie beschrieben wurde (18) - in den meisten Fällen legitime Gründe Anlass zur Wahl der Rechtsform der AG.

15 AG S. 81 f.

16 Bericht S. 31.

17 Vgl. Birgelen S. 35.

18 Vgl. vorn § 1 IV.

B. Einführung eines Sonderstatuts aus rechtlicher Sicht

Aus rechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die Einführung eines Sonderstatuts für Familienaktiengesellschaften mit dem in Art. 4 BV verankerten Gleichheitssatz vereinbar wäre. Eine Verletzung des Gleichheitsprinzips liegt vor, wenn der Gesetzgeber "rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist" (19). Liegen umgekehrt zureichende Gründe für eine rechtliche Ungleichbehandlung vor, kann darin folglich keine Verletzung von Art. 4 BV erblickt werden (20).

Für das Folgende nehmen wir ohne nähere Prüfung an, die Unternehmereigenschaft des Familienaktionärs stelle einen zureichenden Grund für die steuerrechtliche Ungleichbehandlung von Publikums- und Familienaktiengesellschaften dar (21), so dass der steuerliche Durchgriff in diesem Falle keinen Verstoß gegen Art. 4 BV bedeutet.

C. Steuerliche Gleichbehandlung der Familienaktiengesellschaften und Kollektivgesellschaften

Aufgrund der angeführten konkreten Belastungsvergleiche darf angenommen werden, diese Massnahme stelle ein taugliches Mittel dar, um in der Mehrheit der Fälle eine steuerliche Entlastung der Familienaktiengesellschaften herbeizuführen (22), wie dies verschiedene Autoren zu Recht fordern (23).

19 BGE 96 I 456.

20 Zum rechtlichen Gehalt des Gleichheitssatzes sei auf die eingehenden Ausführungen bei David, S. 59 ff., verwiesen.

21 Vgl. zu dieser Problematik David S. 92.

22 Vgl. vorn § 1 IV. C.

23 Vgl. Gutachten Steuerverhältnisse S. 36 ff.; Expertenbericht Motion Piller S. 31 f.; Känzig, AG S. 78 ff.; Borkowsky, Probleme S. 235.

In einem detailliert ausgearbeiteten Vorschlag (24) wird empfohlen, von der konsequenten Ausschaltung der Doppelbelastung abzusehen. Es soll danach zwar die Ertragsbesteuerung bei der AG wegfallen, hingegen - um die Vorteile der Rechtsform der AG gegenüber der Personengesellschaft dennoch angemessen zu berücksichtigen - die zweifache steuerliche Erfassung der Vermögenssubstanz bei der Gesellschaft und beim Aktionär erhalten bleiben.

Die Hindernisse, die der steuerlichen Gleichstellung der Familienaktiengesellschaften mit Kollektivgesellschaften zunächst im Wege stehen, sind technischer Natur. So fehlt es an rechtlichen Kriterien, anhand welcher der vorn (25) umschriebene Begriff der Familien-AG äusserlich klar abgegrenzt werden könnte (26). Die beschränkte Verkehrsfähigkeit der Aktien und die Beschränkung des Aktionärkreises sind zwar von aussen feststellbar, solange sie zum Inhalt der Statuten erhoben werden, bleiben aber für den Aussenstehenden unerkennbar, soweit sie bloss in Vertragsabreden enthalten sind (27). Ebenso wenig eignen sich die Mitwirkung der Hauptaktionäre an der Geschäftsleitung und die persönliche Beteiligung der Aktionäre als Kriterien zur Bestimmung der Steuerpflicht, da sie ebenfalls dem Innenleben der Gesellschaft angehören. Auf der andern Seite hätte das Abstellen auf die Zahl der Aktionäre und die Höhe des Gesamtvermögens der Gesellschaft, wie dies etwa vorgeschlagen (28) und im deutschen Steuerrecht verwirklicht worden ist (29), etwas Willkürliches an sich.

24 Gutachten Steuerverhältnisse S. 64.

25 § 1 II. B.

26 Darauf macht schon Känzig, AG S. 81, aufmerksam. Siehe auch Gutachten Steuerverhältnisse S. 64 f. und Höhn, ASA 38 S. 48.

27 Dazu vorn § 1 V. B. 1. und 2.

28 Borkowsky, Probleme S. 235.

29 In § 19 des bundesdeutschen Körperschaftsteuergesetzes (vom 18. Juli 1975) werden die personenbezogenen Aktien-
./.

Lässt sich demnach eine befriedigende rechtliche Umschreibung der Familien-AG, deren Begriff ökonomisch feststeht, durch einfach erfassbare Kriterien nicht finden, so soll versucht werden, diese Schwierigkeiten durch Einräumung eines Wahlrechtes auf die Besteuerung nach den Regeln der Personengesellschaften zu vermeiden (30). Um die missbräuchliche Inanspruchnahme dieses Optionsrechtes zu verhindern, scheint es mir angezeigt, die Zahl der optionsberechtigten Gesellschaften durch - freilich weitgefasste - Rahmenbestimmungen zu beschränken. Als äusserlich leicht erkennbare Merkmale kommen etwa folgende Abgrenzungskriterien in Frage:

- keine Zulassung der Aktien zum Börsenhandel,
- Aktien als vinkulierte Namenaktien ausgestaltet,
- Aktienkapital zu mehr als 75 % im Eigentum natürlicher Personen,
- Gesamtvermögen der Gesellschaft höchstens 5 Mio. Franken (31).

Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass jede Gesellschaft im Laufe der Zeit ihre ökonomische Struktur grundlegend ändern kann (32), ist die Wahlmöglichkeit zu befristen, und zwar in dem Sinne, dass die Wahl stets für eine bestimmte Zeitdauer (z.B. 5 Jahre) zu erfolgen hat und die vorstehenden Voraus-

29 Forts. gesellschaften einer reduzierten Besteuerung auf nicht ausgeschütteten Gewinnen und einer erhöhten Besteuerung auf den Ausschüttungen unterworfen. Ihre Umschreibung erfolgt nach folgenden Merkmalen:

- 76 % der Anteile im Besitz natürlicher Personen,
- Bestehen von Namenaktien,
- kein börslicher Handel oder geregelter Freiverkehr derselben,
- Gesamtvermögen der Gesellschaft nicht über 5 Mio. DM.

30 Vgl. Höhn, ASA 38 S. 48 f.; Gutachten Steuerverhältnisse S. 62.

31 Höhn, ASA 38 S. 49, hält eine Beschränkung auf Gesellschaften mit höchstens 10-15 Aktionären für zweckmässig. Die Expertenkommission will das Wahlrecht nur denjenigen Gesellschaften einräumen, deren Aktionäre ausschliesslich natürliche Personen sind (Gutachten Steuerverhältnisse S. 62).

32 Gutachten Steuerverhältnisse S. 64 f.

setzungen für die Optionsberechtigung zu Beginn jeder Periode von den Steuerbehörden neu zu überprüfen sind.

Schwerwiegende Schwierigkeiten erwachsen dieser Lösung aber bei interkantonalen Verhältnissen, solange sie nicht in allen Kantonen verwirklicht worden ist (33). Die Probleme rühren daher, dass der Aktienерtrag stets am Wohnsitz des Aktionärs besteuert wird, während nach herrschender Bundesgerichtspraxis der Kapitalzins und der Anteil am Reingewinn des Kollektivgesellschafters entsprechend der wirtschaftlichen Zugehörigkeit am Sitz der Gesellschaft steuerpflichtig sind (34). Sollte trotz gelegentlicher Kritik an der verschiedenen Behandlung des Geschäftsgewinnes und des Arbeitsentgeltes bei Personengesellschaften festgehalten werden, könnte damit die Ausübung des Wahlrechtes auch die Abgrenzung der Steuerhoheiten beeinflussen. Die vorgeschlagene Steuerordnung auf kantonaler Ebene ist aus diesen Gründen zum Scheitern verurteilt, solange mit ihrer Einführung nicht die Vereinheitlichung der schweizerischen Gesetzgebung über die Besteuerung der Kapitalgesellschaften und ihrer Anteilsinhaber verbunden wird (35).

D. Schlussfolgerung

Vom hier ins Auge gefassten Reformvorschlag, der ein gesondertes Fiskalstatut für Familienaktiengesellschaften in Betracht zieht, ist aus den erwähnten Gründen abzusehen (36).

33 Höhn, ASA 38 S. 49.

34 Locher § 8 IV. A. 2. Nr. 17.

35 Vgl. auch Gutachten Steuerverhältnisse S. 65.

36 Auch die Gewährung des Holdingprivilegs für Aktionäre von Familienaktiengesellschaften wurde geprüft und abgelehnt. Es dient der Vermeidung der Dreifachbelastung. Eine solche liegt hier jedoch nicht vor (vgl. Gutachten Steuerverhältnisse S. 45 ff., bes. S. 52 f.).

Inwieweit sich die geforderte Entlastung der Familien-AG im Rahmen der geltenden Rechtsordnung verwirklichen lässt, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen (37).

III. Entlastungsmöglichkeiten

A. Praktisch bedeutsame Doppelbelastungen

Aufgrund der Ausgestaltung der schweizerischen Steuergesetze ergibt sich die wirtschaftliche Doppelbelastung beim ausgeschütteten und beim zurückbehaltenen Gewinn sowie beim Kapital (38). Wegen des Umfanges der daraus resultierenden steuerlichen Mehrleistung hat die zweifache Belastung beim Gewinn grössere praktische Bedeutung. Es ist daher auch nicht verwunderlich, dass sich in der Praxis die Suche nach Entlastungsmöglichkeiten in erster Linie auf diesen Bereich konzentriert. Zufolge der bescheidenen Höhe von Vermögens- und Kapitalsteuern kommt demgegenüber der Doppelbelastung beim Kapital bloss untergeordnete Bedeutung zu.

B. Praktische Vermeidung bzw. Milderung der Doppelbelastung

Die Möglichkeit, die Doppelbelastung zu vermeiden bzw. zu mildern und damit Steuereinsparungen zu erzielen, bietet sich einerseits in der Verwirklichung steuerfreier Tatbestände anstelle steuerpflichtiger (39) und anderseits in der Ausnützung weiterer Gestaltungsfreiheiten, die die Praxis des Steuerrechts bestehen lässt. Der zivilrechtlichen Gestaltungsfreiheit sind dort steuerliche Grenzen gesetzt, wo es

37 Borkowsky, Probleme S. 236, fordert eine Entlastung auf dem Wege der Einschätzungspraxis, etwa durch largere Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttungen.

38 Vgl. vorn § 2 II. C. 1.

39 Vgl. Höhn, Steuerrecht § 3 N 56.

darum geht, die vom Gesetzgeber gewollte Doppelbelastung zur Wirksamkeit zu bringen.

1. Durch Ausnützen von Besteuerungslücken einzelner kantonal-
ler Steuergesetze

Durch die Wahl des Standortes kann die Doppelbelastung insofern vermieden oder gemildert werden, als die Aktionäre in gewissen Kantonen für die bereits bei der AG besteuerten Gewinnausschüttungen bzw. dem Kapital ganz oder teilweise steuerfrei bleiben (40). Solche Erleichterungen dürften wegen ihrer regelmässig kleinen Zahl von untereinander verbundenen Aktionären vor allem für die hier ins Auge gefassten Familienaktiengesellschaften von Bedeutung sein (41).

2. Durch Bezug der steuerlich zulässigen Gesellschafts-
unkosten

Zur möglichst weitgehenden Ausschaltung der Doppelbelastung gilt es, die von der Praxis als abzugsfähiger Aufwand anerkannten geldwerten Vorteile, welche sich die Gesellschafter direkt zunutze machen können, von der AG im zulässigen Umfange zu beziehen. Möglichkeiten dazu ergeben sich im Bereiche der Gehälter der mitarbeitenden Aktionäre, Darlehens-, Mietzinsen usw. (42). Der Gestaltungsfreiheit sind diesbezüglich jedoch Grenzen gesetzt. Soweit solche Leistungen steuerrechtlich nicht als Aufwand anerkannt werden, spricht man gemeinhin von "verdeckten Gewinnausschüttungen".

40 Vgl. vorn § 2 II. C. 2. b) und c).

41 Vgl. Borkowsky, Probleme S. 236.

42 Weitere Möglichkeiten hinten § 5.

3. Durch Zurückbehaltung des Gesellschaftsgewinnes

Inwieweit die Doppelbelastung durch diese Massnahme vermieden werden kann, hängt von der anzuwendenden Steuerordnung ab (43). Eine Vermeidung der zweifachen Belastung ist möglich, wenn nach dem betreffenden Steuergesetz die Kapitalgewinne natürlicher Personen und gleichzeitig ein allfälliger Liquidationsüberschuss steuerfrei sind.

4. Durch Finanzierung der Aktiengesellschaft mit Aktionärsdarlehen

Darlehen an die AG gelten grundsätzlich als Fremdkapital und Darlehenszinsen mithin als abzugsfähiger Aufwand. Die Steuerpraxis gewährleistet die Freiheit in der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Beteiligungsfinanzierung nur in beschränktem Umfange. Im Rahmen dieser Toleranz kann mit der Darlehensgewährung die Doppelbelastung auf Teilen des Gewinnes und des Vermögens vermieden werden. Uebersteigt der Umfang der an eine AG gewährten Darlehen das anerkannte Höchstmass, setzt deren steuerliche Erfassung als "verdecktes Eigenkapital" ein (44).

5. Kombination der Möglichkeiten

In der Praxis trachten Familienaktionäre danach, durch Kombination und Ausschöpfung dieser Möglichkeiten die steuerliche Doppelbelastung auf ein Minimum zu reduzieren, um damit die Gesamtsteuerlast der in der Form der AG geführten Unternehmung möglichst tief zu halten.

43 Näheres dazu hinten §§ 9-11.

44 Näheres dazu hinten § 12.

1. Kapitel: Doppelbelastung beim ausgeschütteten Gewinn

§ 4 Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung

I. Im allgemeinen

Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung gehört in den systematischen Zusammenhang der Gewinnermittlung. Es handelt sich bei den verdeckten Gewinnausschüttungen um Teile des Geschäftsgewinnes (1), welche die steuerpflichtige Gesellschaft bestimmten Personen zuwendet, ohne sie in der Geschäftsbuchhaltung als Gewinn auszuweisen (2). Zur Verdeckung der Gewinnausschüttung erfolgt die Zuwendung eines geldwerten Vorteils dabei in einer Form, in der die Gewinnanteile an sich der Erfassung durch die Reinertrags- bzw. Verrechnungssteuer entzogen wären (3). So wird der verdeckt ausgeschüttete Gewinn buchtechnisch entweder einem Bestandeskonto belastet, als Aufwand bzw. Erlösminderung getarnt oder überhaupt nicht verbucht (4). Es geht im Folgenden darum zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Masse verdeckte Gewinnausschüttungen dennoch zur Besteuerung der Gesellschaft herangezogen werden können.

II. Arten

Die verdeckte Gewinnausschüttung i.w.S. umfasst begrifflich die verdeckte Gewinnausschüttung i.e.S. sowie die sogenannte

-
- 1 Im Sinne von Art. 660/661 OR.
 - 2 Vgl. Schärker, ASA 43 S. 290; Reimann/Zuppinger/Schärker N 68 zu § 45.
 - 3 Blumenstein, System S. 29 f.; vgl. auch Känzig, Wehrsteuer N 53 zu Art. 49.
 - 4 Schärker, ASA 43 S. 291; vgl. auch Känzig, Wehrsteuer N 55 ff. zu Art. 49, und Pestalozzi S. 3.

Gewinnvorwegnahme (5). Die beiden Arten lassen sich zwar buchmässig unterscheiden, führen aber wirtschaftlich zum gleichen Resultat.

A. Verdeckte Gewinnausschüttung i.e.S.

Dabei handelt es sich um von der Gesellschaft erbrachte Leistungen, die in der Unternehmensbuchhaltung als Belastungen der Gewinn- und Verlustrechnung zum Ausdruck kommen, sei es als Gewinnungskosten oder als Erlös- bzw. Ertragsschmälerungen (6).

B. Gewinnvorwegnahme

Unter Gewinnvorwegnahme versteht man den Verzicht der Gesellschaft auf Leistungen, die ihr rechtlich oder nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten zustehen (7). Es handelt sich um Geschäftserträge, welche der begünstigten Person direkt zufließen, ohne bei der Gesellschaft eingegangen und mithin ohne der Erfolgsrechnung gutgeschrieben worden zu sein. Eine Gewinnvorwegnahme liegt folglich auch vor, wenn bei der Gesellschaft zwar ein Ertrag vereinnahmt und verbucht wird, dieser aber unter dem wirklichen Wert ihrer Gegenleistung liegt. Im Unterschied zu den verdeckten Gewinnausschüttungen i.e.S. treten Gewinnvorwegnahmen in der Geschäftsbuchhaltung überhaupt nicht in Erscheinung (8).

5 Reimann/Zuppinger/Schärner N 69 zu § 45.

6 Reimann/Zuppinger/Schärner N 70 zu § 45.

7 Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 58 zu Art. 49.

8 Schärner, ASA 43 S. 291 f.; Reimann/Zuppinger/Schärner N 71 zu § 45.

III. Grundlagen der steuerlichen Erfassung

A. Gesetzliche Grundlagen

1. Einführung

Es folgt zunächst ein Ueberblick über die gesetzlichen Grundlagen, welche unter Berücksichtigung des Prinzips der Gesetzmässigkeit der Besteuerung (9) erlauben, verdeckte Gewinnausschüttungen als Bestandteile des steuerbaren Reinertrages zu behandeln.

Die gesetzliche Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung erfolgt bei den Ertragssteuern im Zusammenhang mit der Begriffsbestimmung des steuerlichen Reinertrages. Ausgangspunkt für dessen Ermittlung bildet regelmässig der laut Rechnungsabschluss ausgewiesene Geschäftsertrag (10), welcher durch Hinzurechnung der nicht geschäftsmässig begründeten Unkosten zu ergänzen ist (11).

Im Schrifttum hat vor allem die Erfassung der Gewinnvorwegnahme, also der mittels Einnahmeverzicht herbeigeführten verdeckten Gewinnausschüttung, zu Meinungsverschiedenheiten geführt. Dieser Frage gebührt deshalb besondere Aufmerksamkeit.

2. Wehrsteuer und entsprechende Vorschriften in kantonalen Steuergesetzen

Zahlreiche schweizerische Steuergesetze bezeichnen "alle vor Berechnung des Saldos der Gewinn- und Verlustrechnung ausge-

9 Vgl. Blumenstein, System S. 7.

10 Vgl. vorn § 2 I. B.

11 Dies entspricht einem an sich selbstverständlichen Grundsatz, wonach nur die zur Einkommenserzielung erforderlichen Gewinnungskosten abzugsfähig sind (vgl. Imboden, ASA 31 S. 178).

schiedenen Teile des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung geschäftsmässig begründeter Unkosten verwendet werden" (12), als Bestandteile des steuerbaren Ertrages. Darunter fallen ohne weiteres die als Betriebsaufwand verkleideten Gewinnausschüttungen (13), so dass sich ein ausdrücklicher Hinweis auf verdeckte Gewinnausschüttungen, wie er in einigen Erlassen vorkommt (14), erübrigt (15). Die so lautenden Bestimmungen erlauben die Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttungen i.e.S. sowie aller Formen der Gewinnvorwegnahme. Der Begriff "Geschäftsergebnis" bezeichnet in diesem Zusammenhang eine rein wirtschaftliche Grösse, welche von der gewählten Verbuchungsart unabhängig bleibt (16). Es dürfen demnach zunächst die in der Buchhaltung vorgenommenen Buchungen korrigiert werden, soweit sie keine geschäftsmässig begründeten Aufwendungen darstellen. Aber auch die Aufrechnung von Erfolgsposten, welche der Rechnung nicht gutgeschrieben worden sind, ist zulässig, bedeutet doch der Verzicht der Gesellschaft auf im Verkehr mit Dritten normalerweise erzielbare Leistungen ebenfalls eine Verwendung des hypothetischen Reinertrages und damit eine "Aus-

-
- 12 Art. 49 Abs. 1 lit. b WStB: wörtlich gleiche oder zumindest ähnliche Bestimmungen finden sich in folgenden kantonalen Steuergesetzen: BE Art. 64 lit. b StG, LU § 51 Ziff. 2 StG, UR Art. 43 Abs. 1 lit. b StG, OW Art. 67 Abs. 2 lit. b StG, NW Art. 30 Ziff. 2 StG, GL Art. 42 Abs. 2 Ziff. 2 StG, ZG § 38 Abs. 1 Ziff. 2 StG, FR Art. 83 Abs. 2 lit. b LIC, SO § 59 lit. b StG, BL § 53 Abs. 1 lit. b StG, SH Art. 43 lit. b StG, AR Art. 47 Ziff. 2 StG, SG Art. 71 Abs. 2 lit. b StG, GR Art. 53 lit. b StG, AG § 10 Abs. 2 lit. b ASTG, TG § 48 lit. b StG, TI Art. 66 Abs. 2 lit. b LT, VD Art. 54 lit. b LID, VS Art. 81 Abs. 1 lit. b LF, NE Art. 57 Abs. 1 lit. b LID, GE Art. 66 lit. d LCP, JU Art. 77 lit. b LID.
- 13 Blumenstein, System S. 233.
- 14 So in den kantonalen Steuergesetzen von UR, OW, GL, ZG, FR, SO, BL, SH, SG, GR, AG, TG, TI und VS an den in Anm. 12 angegebenen Stellen.
- 15 Imboden, ASA 31 S. 178.
- 16 Imboden, ASA 31 S. 178 f.

scheidung" von Teilen des so verstandenen "Geschäftsergebnisses" (17). Diese Auslegung ist in der neueren Doktrin unbestritten und findet ihre Bestätigung in der reichhaltigen Praxis zu den erwähnten Gesetzesbestimmungen (18).

3. Zürcherisches Steuergesetz

Nach § 45 Abs. 1 lit. b StG sind zur Ermittlung des steuerbaren Ertrages zum Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung die "der Rechnung belasteten, geschäftsmässig nicht begründeten Aufwendungen wie ... verdeckte Gewinnausschüttungen" hinzuzurechnen. Gestützt auf den Wortlaut dieser Bestimmung, die die verdeckte Gewinnausschüttung bloss als Beispiel für der Rechnung belastete Aufwendungen aufführt, vertritt Imboden (19) die Ansicht, eine derartige gesetzliche Umschreibung erlaube nur die Erfassung derjenigen Gewinnausschüttungen, welche in der Erfolgsrechnung als ungerechtfertigte Abzüge erscheinen. Zur Besteuerung der Gewinnvorwegnahmen sei daher ergänzend die Vorschrift heranzuziehen, wonach "der Rechnung nicht gutgeschriebene Einkünfte" (20) für die Berechnung des steuerbaren Ertrages ebenfalls in Betracht fallen (21). Diese Meinung steht im Widerspruch zur herrschenden Ansicht,

-
- 17 Die gegenteilige Ansicht vertritt Pestalozzi, S. 31 ff. Danach gestatten Art. 49 Abs. 1 lit. b WStB und die daran angelehnten Gesetzesbestimmungen die Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen nur unter der Voraussetzung, dass diese in der Gewinn- und Verlustrechnung zum Ausdruck kämen. Für weitergehende Korrekturen bieten die genannten Bestimmungen gemäss Legalitätsprinzip keine genügende Grundlage, so dass solche nur bei Vorliegen einer Steuerumgehung zulässig seien.
- 18 Vgl. z.B. Känzig, Wehrsteuer EB 1964 und 1972 N 58 zu Art. 49; Masshardt N 26 zu Art. 49; Gruber N 4 zu Art. 64; Weidmann S. 136 ff.; von Rechenberg N 3.3 lit. c.
- 19 ASA 31 S. 178 ff.
- 20 § 45 Abs. 1 lit. c StG.
- 21 Vgl. auch die von Pestalozzi, S. 32 f., vertretene Ansicht, wonach die Besteuerung von Gewinnvorwegnahmen bloss bei Vorliegen einer Steuerumgehung statthaft ist.

welche die Aufrechnung beider Arten der verdeckten Gewinnausschüttung auf dieselbe gesetzliche Grundlage stützt (22). Doktrin und Praxis bedienen sich dabei zu Recht der Auslegung nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Danach ist es erlaubt, über den gesetzlichen Wortlaut hinauszugehen und entsprechend dem materiellen Gehalt einer Bestimmung wirtschaftlich gleichartige Erscheinungen unter einen Begriff zu subsumieren (23). § 45 Abs. 1 lit. b StG ordnet den Einbezug der nicht geschäftsmässig begründeten Aufwendungen in den steuerbaren Reinertrag an, weil das Gesetz grundsätzlich den ganzen Reinertrag der AG der Besteuerung unterwerfen will. Die steuerliche Erfassung kann daher nicht davon abhängen, ob die Ertragsschmälerung buchmässig durch eine übersetzte Aufwendung (verdeckte Gewinnausschüttung i.e.S.) oder durch Ertragsverzicht (Gewinnvorwegnahme) bewerkstelligt worden ist. Beide Operationen führen zum tatsächlich gleichen wirtschaftlichen Erfolg, nämlich zur Minderung des ausgewiesenen Geschäftsertrages, so dass es als angezeigt erscheint, auch beide Erscheinungen unter den allzu eng gefassten Wortlaut der eingangs erwähnten Bestimmung zu subsumieren (24).

Analoge Ueberlegungen sind in bezug auf die gleichlautende Regelung des Kantons SZ (25) und hinsichtlich der ähnlichen Vorschrift des Kantons AI (26) anzustellen.

4. Steuergesetz von Basel-Stadt

Zu Kontroversen hat auch die Rechtslage im Kanton BS geführt.

-
- 22 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrier N 146 zu § 45 und z.B. ZH VGr vom 24.11.1977, RB 1977 Nr. 54 = ZBl 79 S. 264; vom 26.3.1976, RB 1976 Nr. 47 = ZBl 78 S. 87 = ZR 75 Nr. 116.
- 23 Vgl. Meili S. 43 ff.; Grüniger/Studer S. XXVI.
- 24 Zum gleichen Resultat gelangt Prym, S. 44 f., mit abweichender Begründung. Vgl. auch Baumgartner S. 4 f.
- 25 § 38 Abs. 1 lit. b StG.
- 26 Art. 47 lit. b StG.

§ 73 Abs. 2 lit. a StG knüpft an den "ausgewiesenen Geschäftsertrag" an und lit. b erklärt "alle den Geschäftsertrag schmälern den Aufwendungen, die nicht geschäftsmässig begründete Unkosten sind", ebenfalls zu Bestandteilen des steuerbaren Reinertrages. Als Betriebsaufwand verbuchte Gewinnausschüttungen werden dadurch ohne weiteres zu aufrechenbaren Aufwendungen erklärt (27). Da das Gesetz aber vom "ausgewiesenen Geschäftsertrag" ausgeht und eine Vorschrift, wonach "der Rechnung nicht gutgeschriebene Einkünfte" auch als steuerbarer Ertrag gelten, fehlt, hält Imboden (28) die Besteuerung der Gewinnvorwegnahme nur unter dem Gesichtspunkt der Steuerumgehung für zulässig. Nach der herrschenden Praxis (29) erfolgt die Erfassung der Gewinnvorwegnahme dagegen unter Berufung auf die Auslegung nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gleichermaßen gestützt auf die eingangs zitierte Bestimmung. Das Vorliegen einer Steuerumgehung wird mithin nicht vorausgesetzt.

5. Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung

Im Gesetzesentwurf für die direkte Bundessteuer, im Entwurf für das Mustergesetz (30) sowie im Entwurf für das Rahmengesetz (31) sind Umschreibungen des steuerbaren Reinertrages vorgesehen, welche die Aufrechnung beider Arten von verdeckten Gewinnausschüttungen ohne weiteres gestatten.

B. Von der Praxis entwickelter Begriff

Wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, wird der

27 Vgl. vorn 2.

28 ASA 31 S. 180.

29 Vgl. Grüniger/Studer S. XXVI f. und S. 463; vgl. auch die vorstehenden Ausführungen zur zürcherischen Regelung.

30 Je Art. 87 Abs. 1 lit. b.

31 Art. 24 Abs. 1 (ursprüngliche und überarbeitete Fassung).

Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung im geltenden Einkommens- und Ertragssteuerrecht des Bundes und der Kantone zwar häufig ausdrücklich erwähnt, oder es wird auf dem Wege der Umschreibung indirekt darauf Bezug genommen (32). Eine eigentliche Definition ist den verschiedenen Steuererlassen indessen nicht zu entnehmen, wenn auch einzelne Ansätze zur Konkretisierung des Begriffs vorliegen (33). Charakterisierung und Festlegung der Tatbestandsmerkmale der verdeckten Gewinnausschüttung waren damit weitgehend der Veranlagungspraxis überlassen.

Den ersten bedeutenden Anwendungsbereich fand die Praxis zur verdeckten Gewinnausschüttung im Gebiete der heute abgeschafften (34) Couponsteuer. Ihre Besteuerung beruhte dabei anfänglich auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 2 des BG betreffend die Stempelabgabe auf Coupons vom 25.6.1921 (35), welcher anordnete, dass die Couponsteuer auf "geldwerten Leistungen der Aktiengesellschaft oder Genossenschaft an die Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte, die sich nicht als Rückzahlung der im Zeitpunkt der Leistung bestehenden dividendenberechtigten Anteile am einbezahlten Grund- oder Stammkapital darstellen", erhoben werde. In Art. 5 Abs. 2 des BG über Ergänzung und Abänderung der eidgenössischen Stempelgesetzgebung vom 24. Juni 1937 (36) erfuhr die verdeckte Gewinnausschüttung - ohne ausdrücklich erwähnt zu werden - sodann eine

32 Der Begriff wurde erst in neuerer Zeit in die Steuergesetzgebung aufgenommen, stellte doch Pestalozzi, S. 3, im Jahre 1947 noch fest, dass der Ausdruck in den schweizerischen Steuererlassen nirgends vorkam.

33 So in BL § 21 VV mit folgendem Wortlaut: "Als verdeckte Gewinnausschüttung gelten namentlich
a) Kapital-, Miet- und Pachtzinse, soweit sie von den landesüblichen Ansätzen abweichen;
b) der Verzicht auf die übliche Gegenleistung bei Gewährung von Darlehen oder andern Leistungen;
c) übersetzte Entschädigungen für Arbeitsleistungen;
d) vom Unternehmen ausgerichtete übersetzte Ruhegehälter;
in allen Fällen jedoch nur, wenn der Begünstigte oder eine diesem nahestehende Person am Unternehmen massgeblich finanziell beteiligt ist."

34 Art. 71 Abs. 1 VStG.

35 BS 6 S. 127 ff.

36 BS 6 S. 165 ff.

ihrem Wesen entsprechende genauere Umschreibung: "Die Abgabe ist auch auf den Beträgen zu entrichten, die einem einzelnen Gesellschafter oder einer diesem nahestehenden Person über das hinaus zugewendet werden, was einem Nichtgesellschafter unter im übrigen gleichen Umständen von der Gesellschaft gewährt worden wäre." Diese zunächst für die GmbH aufgestellte Vorschrift fand in der Praxis der Couponsteuer auch auf die andern Kapitalgesellschaften Anwendung (37). Demnach wurden alle Gewinnausschüttungen - einschliesslich der verdeckten - an die Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte von der Couponsteuer erfasst. Neben den Kapitalrückzahlungen fielen dagegen geschäftsmässig begründete Leistungen der Gesellschaft an die Gesellschafter für die Besteuerung ausser Betracht, da es sich dabei begrifflich nicht um Gewinnausschüttungen handelt (38). Ausschlaggebendes Kriterium für die Erfassung verdeckter Gewinnausschüttungen bildet somit die - indirekt aus dem Gesetzeswortlaut hervorgehende - Geschäftsmässigkeit einer von der Gesellschaft erbrachten Leistung.

Bei den Reinertragssteuern des Bundes und der Kantone werden verdeckte Gewinnausschüttungen durchwegs als "nicht geschäftsmässig begründete Unkosten" umschrieben (39). Für die Veranlagungsbehörden war es daher naheliegend, die Frage der Geschäftsmässigkeit einer Leistung mangels anderer Anhaltspunkte in Anlehnung an die Regelung in Art. 5 Abs. 2 BG über Ergänzung und Abänderung der eidgenössischen Stempelgesetzgebung vom 24.6.1937 und die dazu entwickelten Grundsätze zu beurteilen. Aus dieser Sachlage erklärt sich der entscheidende Einfluss der Couponsteuerpraxis auf die Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung bei den direkten Steuern (40).

37 Vgl. Steinmann, StR 32 S. 363.

38 Vgl. Pestalozzi S. 5.

39 Vgl. die vorn unter A. zitierten Bestimmungen.

40 Vgl. Steinmann, StR 32 S. 363; Pestalozzi S. 8 f. Die unter der Herrschaft des CG und des VStB (BRB über die Verrechnungssteuer vom 1.9.1943, BS 6 S. 326 ff.) entwickelten Grundsätze bleiben im übrigen auch unter dem neuen Recht des VStG massgebend (Pfund, Verrechnungssteuer N 3.53 zu Art. 4).

Nach dem von Doktrin und Praxis im Ertragssteuerrecht zunächst entwickelten Begriff wurde das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung angenommen, wenn

- "eine Leistung ausgerichtet worden ist, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, so dass sich die Leistung, als eine Entnahme von Gesellschaftsmitteln, in einer Verminderung der durch die Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Geschäftsergebnisse auswirkt,
- mit der Leistung ein Mitglied der Gesellschaft (Aktionär) begünstigt wurde, die Leistung ihm direkt oder indirekt (z.B. über eine ihm nahestehende Person oder Unternehmung) zugehalten wurde, wobei anzunehmen ist, dass die Leistung unterblieben oder wesentlich geringer gewesen wäre, wenn der Begünstigte eine der Gesellschaft fernstehende Person gewesen wäre, die Leistung also insofern ungewöhnlich ist, sich mit sachgemäßem Geschäftsgebahren nicht vereinbaren lässt,
- das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Gesellschaftsorgane erkennbar gewesen sein muss, so dass angenommen werden kann, es sei eine Begünstigung beabsichtigt gewesen" (41).

Eine Analyse dieser Voraussetzungen ergibt, dass die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung im wesentlichen vom kumulativen Vorliegen folgender Tatbestandsmerkmale abhängig ist:

- wirtschaftliche Benachteiligung der Gesellschaft,
- massgebliche Beteiligung des Begünstigten,
- Handeln in Begünstigungsabsicht (42).

41 Vgl. den grundlegenden BGE 82 I 288 ff., insbes. S. 291 f. = ASA 25 S. 433 ff., insbes. S. 437, sowie die dortigen Literaturhinweise.

42 Imboden, ASA 31 S. 181; Steinmann StR 32 S. 364 f.

IV. Die einzelnen Begriffselemente

A. Objektive Tatbestandsmerkmale

1. Wirtschaftliche Benachteiligung der Gesellschaft

a) Einführung

Da einer verdeckten Gewinnausschüttung in der Regel ein zweiseitiger Vertrag zugrundeliegt, kommt die Benachteiligung der Gesellschaft in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zwischen ihrer Leistung und der Gegenleistung des Gesellschafters zum Ausdruck (43). Aus diesem Missverhältnis resultiert eine Schmälerung des Geschäftsergebnisses und damit verbunden eine Entreicherung der Gesellschaft im Umfange ihrer überschüssenden Leistung.

b) Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

In zeitlicher Hinsicht ist für die Frage nach dem Vorliegen eines solchen Missverhältnisses auf die Bewertung der gegenseitigen Leistungen im Zeitpunkt der vertraglichen Vereinbarung abzustellen (44). Ein erst nachträglich infolge äusserer, von den Beteiligten nicht beeinflussbarer Umstände (z.B. einschneidende Aenderung der Konjunkturlage) eingetretenes Missverhältnis vermag die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht zu rechtfertigen. Eine solche liegt dagegen vor, wenn bei langfristigen Verträgen, die durch Veränderung der Verhältnisse zur erheblichen Benachteiligung der Gesellschaft geführt haben, eine mögliche ordnungsgemässe Kündigung unterlassen wird (45). Fehlt die Kündigungsmöglichkeit, ist allen-

43 Imboden, ASA 31 S. 182.

44 Vgl. Prym S. 59; dsogl. Reimann/Zuppinger/Schärrer N 90 zu § 45.

45 Darauf wird in ZH ORK vom 30.1.1948, RB 1948 Nr. 29 = ZBl 50 S. 389 ff. = ZR 47 Nr. 20, hingewiesen. Ebenso BGr vom 2.3.1962, ASA 31 S. 141 ff. Vgl. hierzu auch hinten § 5 III. C. 2.

falls zu prüfen, ob die Anrufung der "clausula rebus sic stantibus" zur Auflösung des Vertrages führen könnte (46).

Bestehen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter mehrere gegenseitige Verpflichtungen (47), so ist für die Ermittlung des geforderten Missverhältnisses zu erwägen, ob die ausgetauschten Leistungen in ihrer Gesamtheit ungleichwertig sind (48). Die gegenseitige Verrechnung von Leistungen, welche auf verschiedenen Vereinbarungen beruhen, erscheint indessen nur unter der einschränkenden Voraussetzung zulässig, dass die Parteien subjektiv von der Vorstellung ausgegangen sind, die Leistungen miteinander zu kompensieren. Die Ausgleichung ist daher ausgeschlossen bei unabhängig voneinander abgeschlossenen Geschäften (49). Das ergibt sich letztlich aus der Voraussetzung der bewussten Vorteilszuwendung (50).

c) Entreicherung der Gesellschaft

Die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung setzt stets voraus, dass die betreffende Transaktion eine Entreicherung der Gesellschaft bewirkt (51). Dagegen genügt es nicht, wenn durch das Geschäft zwar eine Bereicherung des begünstigten Gesellschafters, aber keine Entreicherung der Gesellschaft eintritt. Unabdingbare Voraussetzung ist mithin die Entreicherung der Gesellschaft, da die Beurteilung der verdeckten Gewinnausschüttung vom Standpunkt des Unternehmens aus erfolgt (52). Die Praxis hat daraus den Schluss gezogen, dass die

46 Vgl. Imboden, ASA 31 S. 182 f.; Pestalozzi S. 45 f.

47 Z.B. verschiedene Pachtverträge oder ein Arbeits- und daneben ein Darlehensvertrag.

48 So allgemein Schärer, ASA 43 S. 292.

49 Vgl. Prym S. 59 ff., bes. S. 61.

50 Vgl. nachstehend B.

51 Imboden, ASA 31 S. 181; Prym S. 45.

52 Imboden, ASA 31 S. 181; Pestalozzi S. 38.

Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung (wirtschaftlich) keine Bereicherung beim Gesellschafter voraussetze. Auch eine offene Gewinnausschüttung führe im Grunde genommen nicht zu einer Bereicherung des Aktionärs, da der Gewinn bereits vor der Ausschüttung als Teil des innern Wertes der Aktie seinem Vermögen angehöre. Mit der Gewinnverteilung erhalte der in der Aktie verkörperte Vermögenswert bloss eine andere Form (53, 54).

Gemäss den vorangehenden Ausführungen kann in denjenigen Fällen keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, in welchen ein bestimmter Vorgang zwar zu einer Begünstigung des Gesellschafters führt, aber keine Entreicherung der Gesellschaft zur Folge hat. Gratisfahrtscheine und Taxreduktionen für die Aktionäre einer Transportunternehmung stellen demnach keine Gewinnverteilung dar, solange die Gesellschaft dadurch nicht belastet wird (55).

Eine Entreicherung der Gesellschaft ist aber anzunehmen, wenn ein Vermögenswert, auf dem stille Reserven bestehen, zum Buchwert an einen Aktionär veräussert wird. Die verdeckte Gewinnausschüttung besteht dabei im Umfange der nicht realisierten Reserven (56).

2. Beherrschende Stellung des begünstigten Gesellschafters

a) Einführung

Als Begünstigte von Vorteilszuwendungen im Sinne verdeckter Gewinnausschüttungen einer AG kommen begrifflich nur deren

53 So BGr vom 21.10.1949, ASA 19 S. 297; vgl. auch Pestalozzi S. 39.

54 Im Gegensatz zur schweizerischen hat die deutsche Praxis trotz gelegentlicher Kritik daran festgehalten, dass der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung eine Bereicherung beim Gesellschafter voraussetze (vgl. dazu Prym S. 54 f.).

55 Pestalozzi S. 38; Imboden, ASA 31 S. 181; kritisch Prym S. 46.

56 Vgl. Prym S. 52.

Aktionäre in Frage, da diese allein Anspruch auf den anteilmässigen Reingewinn haben (57).

Das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttung besteht definitionsgemäss darin, dass die Gesellschaft ihrem Aktionär eine Leistung ausrichtet, die sie einem fernstehenden Dritten bei sonst gleichen Verhältnissen nicht im selben Umfange erbringen würde. Eine solche Leistung lässt sich mithin allein aus dem fehlenden Interessengegensatz zwischen der AG und dem Begünstigten erklären. Aus diesem Umstand folgt, dass die übersetzte Leistung mit sachgemässen Geschäftsgefahren nicht vereinbar ist und ihr somit der Charakter einer geschäftsmässig begründeten Aufwendung abgeht (58), weil sie sich dem allgemeinen Gewinnstreben, wie es für Erwerbsgesellschaften angenommen wird, nicht unterordnen lässt (59). Die Ursache für die Vornahme derartiger Dispositionen, welche nach dem Gesagten den Interessen der Unternehmung zuwiderlaufen, liegt in der Herrschaftsmacht des begünstigten Gesellschafters über die AG (60). Diese Herrschaftsmacht kann auf verschiedenen Faktoren beruhen, welche den Aktionär in die Lage versetzen, einen entscheidenden Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben (61). Dabei sind sämtliche rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände zu berücksichtigen.

57 Vgl. Imboden, ASA 31 S. 186, mit Verweisung auf Pestalozzi S. 59 ff.

58 Vgl. die bundesgerichtliche Definition vorn bei Anm. 41.

59 "Sachlich zählt eine Aufwendung dann zu den geschäftsmässig begründeten Aufwendungen, wenn sie auf Massnahmen beruht, die die Unternehmensleitung in guten Treuen in Erfüllung des Gesellschaftszweckes getroffen hat. Das sind Aufwendungen ..., deren Vermeidung der Unternehmung zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes nach den Umständen und der von den handelnden Organen als richtig erachteten Unternehmungsorganisation nicht zumutbar ist" (Reimann/Zuppinger/Schärner N 111 zu § 45). Vgl. auch Studer S. 165.

60 Pestalozzi S. 59.

61 Vgl. Imboden, ASA 31 S. 186.

b) Grundlagen der beherrschenden Stellung des Begünstigten

aa) Massgebliche Beteiligung

Die Möglichkeit eines Gesellschafters, sich derartige Vorteilszuwendungen zu verschaffen, kann sich zunächst aus einer kapitalmässigen Mehrheitsbeteiligung ergeben (62). Daraus wurde in der deutschen Rechtsprechung und Lehre zu Unrecht verschiedentlich gefolgert, das Fehlen einer solchen massgeblichen Beteiligung des Empfängers schliesse die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung von vornherein aus (63). Demgegenüber kommen nach der in der schweizerischen Doktrin und Praxis vertretenen Ansicht auch quantitativ Minderheitsbeteiligte als Empfänger derartiger Leistungen in Frage, wenn diese gestützt auf andere Umstände entscheidenden Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen vermögen (64).

Bestehen Stimmrechtsaktien (65), vermittelt selbstverständlich die Stimmenmehrheit in der Generalversammlung dem Aktionär eine beherrschende Position, unabhängig vom Umfange seiner kapitalmässigen Beteiligungsrechte (66).

Die beherrschende Stellung eines Gesellschafters kann im weitem auch auf vertraglichen Vereinbarungen, insbesondere Stimmbindungsverträgen (67), beruhen, gestützt auf welche ein Aktionär trotz kapitalmässiger Minderheitsbeteiligung über die Stimmenmehrheit verfügt.

62 Pestalozzi S. 60.

63 Vgl. Prym S. 31 ff.

64 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrier N 76 zu § 45; Imboden, ASA 31 S. 186. Dies bejaht auch Pestalozzi, S. 60, für den Fall, dass der Minderheitsaktionär eine Schlüsselstellung innehat.

65 Vgl. vorn § 1 V. B. 3.

66 Auch Prym, S. 32, macht hierauf aufmerksam. Vgl. ferner Baumgartner S. 3.

67 Vgl. dazu vorn § 1 V. B. 4.

bb) Minderheitsbeteiligung

Unwesentlich beteiligte Gesellschafter können Empfänger verdeckter Gewinnausschüttungen sein, wenn sie aufgrund ihrer rechtlichen Funktion oder allein ihres tatsächlichen Einflusses in der Gesellschaft eine beherrschende Stellung einnehmen und sich die an sie erbrachten Zuwendungen ausschliesslich oder vorwiegend aus diesem Umstand erklären lassen. In einem vom Bundesgericht (68) beurteilten Falle standen zwei Aktionären zusammen 40% des Aktienkapitals zu. Die 60%-ige Aktienmehrheit befand sich aber in den Händen einer dritten Aktionärin, welche auch im Verwaltungsrat den Stichtentscheid hatte. Selbst bei solchen Verhältnissen überprüfte das Gericht zu Recht die Frage, ob die Saläre an die zwei genannten Aktionäre geschäftsmässig begründet waren. Es hielt folglich eine solche Prüfung nicht schon wegen der Minderheitsbeteiligung der Leistungsempfänger für unnötig.

In diesem Zusammenhang ist auch der Fall zu erwähnen, in welchem sich zwei oder mehrere Minderheitsaktionäre, die zusammen über die Mehrheit der Beteiligungsrechte verfügen, während die übrigen Aktien verstreut sind, im gegenseitigen Einverständnis übersetzte Leistungen von der Gesellschaft zuwenden lassen (69). Als ähnlich erweist sich die Rechtslage, wenn der Empfänger des Vorteils selbst nur unmassgeblich beteiligt ist, zusammen mit Verwandten und Freunden jedoch die Aktienmehrheit besitzt. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein massgebender Einfluss auf die Geschäftsführung bestehe, sind dem Aktionär ausser seinen eigenen in der Regel die Aktien zuzurechnen, an welchen er Mitverwaltungsrechte ausüben kann: nämlich diejenigen seiner Ehefrau und seiner minderjährigen Kinder, diejenigen, welche er einem Dritten zu fiduziarischem Eigentum überlassen hat, und diejenigen, an denen er nutznie-

68 Vom 18.11.55, ASA 24 S. 330 f.

69 Vgl. Baumgartner S. 3.

sungsberechtigt ist (70). Zu berücksichtigen sind gegebenenfalls auch weitere Umstände, die dem Minderheitsbeteiligten erlauben, die Gesellschaft massgeblich zu beeinflussen: z.B. Weiterführung einer vorher vom betreffenden Aktionär als Einzelfirma betriebenen Unternehmung, Beruf der übrigen Aktionäre und deren Verhältnis zur Gesellschaft (71). Ferner dürfte es etwa vorkommen, dass der Mehrheitsaktionär dem Minderheitsaktionär eine Vorteilszuwendung zugesteht, um die selbst von der Gesellschaft empfangene ungerechtfertigte Leistung zu decken (72). Bei solchen tatsächlichen Konstellationen entfällt mithin die Vermutung auf Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht schon deshalb, weil die betreffende Leistung an einen Minderheitsaktionär ausgerichtet wird.

Mehrheitlich verhält es sich dagegen so, dass einem Minderheitsbeteiligten mangels besonderer Verhältnisse die massgebende Einflussnahme auf die AG verwehrt ist. Unter solchen Umständen wird es der Gesellschaft in der Regel leicht fallen, die Geschäftsmässigkeit der Zuwendung an den Minderheitsaktionär nachzuweisen, da sie keine Veranlassung hatte, diesen gegenüber Dritten zu bevorzugen (73). Es ist daher auch nicht verwunderlich, dass es sich bei den in der Praxis behandelten Fällen verdeckter Gewinnausschüttungen beinahe ausschliesslich um Leistungen an Alleinaktionäre oder solche mit überwiegender Beteiligungsmehrheit handelt.

70 Es gelten die gleichen Ueberlegungen, die im Zusammenhang mit der Möglichkeit der "wesentlichen Einflussnahme" auf die Geschäftsführung bei Bewertungsfragen angestellt werden (vgl. hinten § 14 III. B. 2. a).

71 Vgl. Pfund, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer N 120 zu Art. 5 Abs. 2 CG (7. Verdeckte Gewinnausschüttung).

72 Vgl. Prym S. 32; BGr vom 18.11.1955, ASA 24 S. 331.

73 Baumgartner S. 3.

cc) Folgerungen

Steht einmal fest, dass allein die Gesellschafter Empfänger verdeckter Gewinnausschüttungen sein können, so fragt sich, ob zusätzlich zur Gesellschaftereigenschaft die massgebliche Beteiligung als objektives Tatbestandsmerkmal heranzuziehen sei. Dies wird mehrheitlich bejaht - allerdings mit der bedeutsamen Einschränkung, dass der massgeblich beteiligte Aktionär bloss in der Lage sein muss, die Gesellschaft entscheidend zu beeinflussen (74). Die Möglichkeit der entscheidenden Einflussnahme kann aber - wie dargelegt wurde - ausser auf einer Mehrheitsbeteiligung auch auf einer unwesentlichen Beteiligung, verbunden mit besondern tatsächlichen Umständen, beruhen. Es erscheint mir daher zweckmässig, das für die Erfüllung des Tatbestandes der verdeckten Gewinnausschüttung geforderte objektive Kriterium umfassender als "beherrschende Stellung des begünstigten Gesellschafters" zu bezeichnen (75).

74 Vgl. Pestalozzi S. 60; Imboden, ASA 31 S. 186; Steinmann, StR 32 S. 364 f.; a.A. Prym S. 34.

75 Prym, S. 30 ff., verlangt objektiv bloss das Vorliegen der Gesellschaftereigenschaft. Eine solche Vereinfachung erachte ich als unzulässig. Neben dem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und der Gesellschaftereigenschaft ist für die verdeckte Gewinnausschüttung erforderlich, dass die Leistung geschäftsmässig nicht begründet werden kann. Eine den Interessen der Unternehmung zuwiderlaufende Disposition ist aber bloss dann als verdeckte Gewinnausschüttung zu beanstanden, wenn die Herrschaftsmacht des Gesellschafters den ausschlaggebenden Grund für die Vorteilszuwendung darstellt (Pestalozzi S. 59). Befindet sich der begünstigte Gesellschafter nicht in einer "beherrschenden Stellung", ist die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung ausgeschlossen. Zu prüfen ist unter solchen Umständen allenfalls das Vorliegen einer "freiwilligen Leistung an Dritte". Mithin kommt der "beherrschenden Stellung" der Charakter eines die "Gesellschaftereigenschaft" ergänzenden objektiven Tatbestandsmerkmals zu.

Die massgebliche Beteiligung im Sinne einer Mehrheitsbeteiligung stellt dennoch ein gewichtiges Indiz für das Motiv einer übersetzten Zuwendung dar (76). Als vom Aussenstehenden leicht erkennbares formales Merkmal spielt sie daher bei der Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen zweifellos eine bedeutende Rolle.

c) Verdeckte Gewinnausschüttung an eine nahestehende Person

Von verdeckter Gewinnausschüttung kann nur die Rede sein, wenn die fragliche übersetzte Leistung an einen Gesellschafter erfolgt. Definitionsgemäss (77) ist indessen unerheblich, ob die Vorteilszuwendung dem Gesellschafter direkt oder indirekt zugute kommt. Indirekte Begünstigung wird angenommen, wenn eine dem Gesellschafter "nahestehende Person" Empfängerin des ungerechtfertigten Vorteils ist, wobei es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handeln kann.

Auf den objektiven Grad der Verbundenheit zwischen der sog. "nahestehenden Person" und dem betreffenden Gesellschafter kommt es dabei nicht an (78). Eine persönliche Beziehung als objektives Tatbestandsmerkmal braucht mithin für die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung an Nahestehende nicht nachgewiesen zu werden (79). Eine nahe Verbindung zwischen der begünstigten Person und der Gesellschaft bzw. deren Unternehmung ist ohnehin nicht erforderlich (80).

Die Beziehung zwischen dem Aktionär und dem Dritten braucht lediglich so eng zu sein, dass er diesem eine Leistung zum Nachteile der AG, in welcher er eine beherrschende Stellung

76 Prym S. 34.

77 Vgl. die Definition des BGr vorn bei Anm. 41.

78 So Pfund, Verrechnungssteuer N 3.25 zu Art. 4. Eine engere Auffassung vertritt Bosshardt S. 203.

79 Vgl. Prym S. 36.

80 So Reimann/Zuppinger/Schärrier N 77 zu § 45; a.A. Bosshardt S. 203.

innehat, zukommen lässt (81). Eine übersetzte Zuwendung liegt wiederum vor, wenn der Leistung der Gesellschaft keine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht und sie ihren wahren Grund nur in der gesellschaftsrechtlichen Stellung eines Aktionärs hat, also einem fernstehenden Dritten bei sonst gleichen Umständen nicht zugebilligt worden wäre. Die Voraussetzungen sind somit die selben wie bei der verdeckten Gewinnausschüttung unmittelbar an den Gesellschafter.

Das Kriterium der nahen Verbundenheit wird indessen durch folgende Ueberlegungen näher bestimmt: Wirtschaftlich stellt die übersetzte Leistung an den nahestehenden Dritten ebenfalls eine Ausschüttung an den Aktionär dar (82). Relevant wird damit jede nahe Verbundenheit, welche die Vorteilszuwendung als indirekte Leistung an den Gesellschafter erscheinen lässt (83), denn es versteht sich von selbst, dass der Gesellschafter eine solche Vorteilszuwendung an den Dritten nur unter der Voraussetzung erwirkt, dass ihm daraus auch selbst ein Vorteil erwächst, ansonsten er keine Veranlassung zu einer derartigen Disposition hätte (84). Unter Umständen befreit er sich auf diesem Wege von einer rechtlichen oder bloss moralischen bzw. tatsächlichen Verpflichtung (85).

In der Praxis sind vor allem verwandtschaftliche und freund-

81 Vgl. Pestalozzi S. 63 f.; Pfund, Verrechnungssteuer N 3.25 zu Art. 4.

82 So auch Imboden, ASA 31 S. 187 Anm. 26.

83 So schon Pestalozzi S. 64.

84 Die dargelegte schweizerische Auffassung entspricht damit der deutschen Rechtsprechung, welche von einer nahestehenden Person spricht, wenn die Ausschüttung zwar über Dritte, wirtschaftlich aber an den Gesellschafter selbst erfolgt. Sieht man vom Erfordernis der indirekten Leistung an den beherrschenden Gesellschafter ab, werden die Grenzen zur "freiwilligen Leistung an Dritte" verwischt (vgl. Prym S. 36 f.).

85 Vgl. Pestalozzi S. 64; ferner BGE 95 I 174 ff. = ASA 38 S. 450 ff., insbes. Erw. 3.

schaftliche Beziehungen zwischen dem einflussreichen Gesellschafter und der begünstigten Person typisch. Daneben sind auch Fälle zu beachten, in denen die verdeckten Gewinnausschüttungen auf wirtschaftlichen Beziehungen zwischen AG, Gesellschafter und dem begünstigten Dritten beruhen, wie sie etwa im Verhältnis verbundener Unternehmungen vorliegen (86).

B. Subjektives Tatbestandsmerkmal: Handeln in Begünstigungsabsicht

1. Einführung

Die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung ist - wie dargetan - von zwei objektiven Voraussetzungen abhängig: einerseits vom Vorliegen einer wirtschaftlichen Benachteiligung der Gesellschaft und andererseits von der Tatsache, dass der direkt oder indirekt begünstigte Aktionär in der Gesellschaft eine beherrschende Stellung einnimmt. Zu prüfen bleibt, ob der Tatbestand überdies erfordere, dass die Entreichung der Gesellschaft und die entsprechende Begünstigung eines Gesellschafters subjektiv beabsichtigt sind.

2. Stellungnahme der Doktrin

Die herrschende Doktrin beruht auf dem Grundsatz, wonach nicht der erzielbare, sondern der effektiv erzielte Gewinn einer Gesellschaft zu besteuern ist (87). Es besteht demnach keine steuerrechtliche Pflicht für die Unternehmensleitung,

86 Vgl. Pfund, Verrechnungssteuer N 3.25 zu Art. 4, und dort zitierte Beispiele; Reimann/Zuppinger/Schärner N 77 zu § 45 und dortige Zitate.

87 Vgl. Imboden, ASA 31 S. 183; Reimann/Zuppinger/Schärner N 75 zu § 45.

wirtschaftlich optimal oder auch nur durchschnittlich zu handeln. Werden Leistungen erbracht, ohne dass die handelnden Organe der Gesellschaft dabei erkennen, dass sie einen durch die Gegenleistung nicht gerechtfertigten Vorteil entrichten, so sind diese vollumfänglich als geschäftsmässige Aufwendungen anzuerkennen, selbst wenn sie auf Unerfahrenheit oder unsorgfältige Geschäftsführung zurückzuführen sind (88). Ebenso verbietet es sich, einer Gesellschaft einen hypothetischen höheren Gewinn zuzurechnen, wenn sie wegen mangelhafter Betriebsführung ihre Gewinnchancen nicht voll ausgenutzt hat. Dies gilt sowohl für den Verkehr mit Dritten wie auch im Verhältnis mit Aktionären oder denen nahestehenden Personen. Jede andere Betrachtungsweise würde zur Besteuerung eines fiktiven Gewinnes führen, welcher ein vorsichtig disponierender Geschäftsführer erzielen könnte (89).

Aus diesen Ueberlegungen wurde in der Lehre überwiegend der Schluss gezogen, dass nur eine "bewusste Vorteilszuwendung" die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung zu begründen vermöge (90). Der Tatbestand ist mithin nur erfüllt, wenn die handelnden Gesellschaftsorgane einen geldwerten Vorteil im Bewusstsein um die Unwirtschaftlichkeit des Geschäftes gewähren, also absichtlich über Gewinnanteile verfügen. Es reicht demzufolge nicht, wenn die mit einem Rechtsgeschäft verbundene wirtschaftliche Benachteiligung der Gesellschaft für die Organe bloss erkennbar gewesen ist; es ist vielmehr zu prüfen, ob die betreffende Unternehmungsleitung tatsächlich erkannt hat, dass die von ihr erbrachte Leistung nicht in vollem Umfange erforderlich gewesen wäre und daher nicht vollständig geschäftsmässig begründet erschien.

88 So Bosshardt S. 203; dsgl. Grüninger/Studer S. 464.

89 Vgl. Prym S. 70; Studer S. 165.

90 So Pestalozzi S. 23; Imboden, ASA 31 S. 183; Bosshardt S. 203; Reimann/Zuppinger/Schärner N 74 zu § 45; Masshardt N 25 zu Art. 49; Grüninger/Studer S. 464; von Rech-
enberg N 53.3.3 lit. c; Schärner, ASA 43 S. 291.

Damit wird den spezifischen Kenntnissen und der Erfahrung bzw. Unerfahrenheit der Organe im konkreten Falle Rechnung getragen und vermieden, dass objektiv ungeschickte Dispositionen steuerlich erfasst werden (91). Bei Anwendung eines solchen - subjektiven - Massstabes kann folglich eine verdeckte Gewinnausschüttung nur angenommen werden, "wenn die Gesellschaft tatsächlich um die Unwirtschaftlichkeit eines Rechtsgeschäftes mit einem Gesellschafter wusste und wenn sie dieses - gegen ihre eigene bessere kaufmännische Einsicht - eben im Hinblick auf die Stellung ihres Vertragspartners dennoch tätigte" (92). Fahrlässiges Handeln ist somit nicht relevant. Vorausgesetzt wird vorsätzliche oder zumindest eventualvorsätzliche Vorteilszuwendung (93).

Beim Bewusstsein (Vorsatz) der ungerechtfertigten Vorteilszuwendung handelt es sich indessen um eine innere Tatsache, die meistens nicht direkt festgestellt werden kann, auf deren Vorliegen also aus den konkreten Gegebenheiten geschlossen werden muss. Anhaltspunkte dafür bilden die objektiven Tatbestandsmerkmale (94). Liegt ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor und befindet sich der Leistungsempfänger in einer beherrschenden Stellung, darf daraus im allgemeinen abgeleitet werden, dass die wirtschaftliche Benachteiligung der Gesellschaft den Organen erkennbar gewesen ist. Ebenso darf daraus geschlossen werden, dass die Unternehmungsleitung den fraglichen Vorteil einem Dritten unter sonst gleichen Umständen nicht gewährt hätte. Frage des Nachweises ist es, ob aufgrund dieser - objektiven - Feststellungen auf das subjektive Bewusstsein der betreffen-

91 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrier N 75 zu Art. 45.

92 Imboden, ASA 31 S. 184 (hervorgehobene Stelle im Original in Kursivschrift; der Verf.).

93 Vgl. Pestalozzi S. 23; Bosshardt S. 203: Wenn hier von "wissentlicher" Vorteilszuwendung die Rede ist, kann damit nicht der Ausschluss eventualvorsätzlicher Handlungsweise gemeint sein.

94 Vgl. Prym S. 70 f.

den Unternehmensleitung geschlossen werden dürfe; sie ist nicht zu vermischen mit der Frage, ob die Begünstigungsabsicht grundsätzlich Tatbestandsmerkmal der verdeckten Gewinnausschüttung darstelle. Die Veranlagungsbehörde braucht sich wegen der Beweislage nicht mit dem Problem des Nachweises auseinanderzusetzen, solange die steuerpflichtige Gesellschaft - bei Vorliegen der objektiven Kriterien - keine Argumente vorträgt, welche das subjektive Bewusstsein der Vorteilszuwendung in Frage stellen könnten (95). Um die - regelmässig zu erwartende - Berufung der Gesellschaftsorgane auf Unerfahrenheit von vornherein auszuschliessen, fordern Lehre und Rechtsprechung für die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung das Vorliegen eines "offensichtlichen" Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung (96).

Diese Auffassung ist jedoch nicht unbestritten. Känzig (97) vertritt die gegenteilige Ansicht: "Die Frage, ob eine Gewinnausschüttung der Gesellschaft an die Gesellschafter vorliegt, ist rein wirtschaftlicher Natur; es geht darum, ob die Leistungen der Gesellschaft den Charakter von Kosten haben oder nicht. Aus diesem Grunde stellt sich die Frage, ob sich die Unternehmensleitung dieser Tatsache bewusst ist, gar nicht." Damit setzt er sich aber in Widerspruch zum eingangs erwähnten Grundsatz, wonach eine Gesellschaft nur für wirklich erzielte Gewinne, nicht für die Ungeschicklichkeiten ihrer Leitung besteuert werden darf. Es ist nach den eben angestellten Ueberlegungen nicht zulässig, die Frage, ob eine Leistung der Gesellschaft geschäftsmässig begründet sei oder nicht, ausschliesslich nach einem objektiven Massstab zu beurteilen. Da das subjektive Bewusstsein der Vorteilszuwendung als innere Tatsache meistens nicht direkt ermittelt werden

95 Näheres dazu hinten § 6 II. B. 2.

96 Vgl. Imboden, ASA 31 S. 185; hinten § 6 I. C.

97 Wehrsteuer und EB 1972 N 53 zu Art. 49 (hervorgehobene Stelle im Original in Kursivschrift; der Verf.).

kann, muss zwar zu seiner Feststellung auf die objektiven Tatbestandsmerkmale der verdeckten Gewinnausschüttung, insbesondere auf das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, abgestellt werden; es ist mithin im Regelfalle bloss ein Indizienbeweis möglich. Auch dieser Umstand darf indessen nicht zur Annahme verleiten, auf die Prüfung des subjektiven Merkmals könne gänzlich verzichtet werden (98). Aus diesen Gründen ist die von Känzig vertretene Ansicht abzulehnen.

3. Verwirklichung in der Praxis

Im grundlegenden Entscheid vom 13.7.1956 (99) wurde die damals herrschende Bundesgerichtspraxis zusammengefasst, welche die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung von den vorstehend beschriebenen Voraussetzungen abhängig machte:

- wirtschaftliche Benachteiligung der Gesellschaft,
- beherrschende Stellung des begünstigten Gesellschafters,
- Handeln in Begünstigungsabsicht.

Diese Rechtsprechung, welche die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung vom Vorliegen einer bewussten Vorteilszuwendung abhängig macht, wurde in zahlreichen weiteren Urteilen bestätigt (100). Das Bundesgericht verlangte dabei in den allgemeinen Voraussetzungen, dass "das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für die Organe erkennbar war" oder aber dass "der Charakter der Leistung für die handelnden Organe erkennbar war". Diese zwei Formulierungen bringen das Erfordernis bewusster Vorteilszuwendung mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck. In den zugehörigen Begründungen bejahte das Gericht das Vorliegen der Begünstigungsabsicht mit folgen-

98 So auch Prym S. 71.

99 BGE 82 I 288 ff. = ASA 25 S. 433 ff.

100 BGE 85 I 253 ff. = ASA 28 S. 395 ff.; BGr vom 15.3.1963, ASA 32 S. 323 ff.; vom 7.10.1966, ASA 36 S. 275 ff.; vom 28.10.1977, ASA 48 S. 64 ff.; ferner vom 26.3.1976, ASA 45 S. 589 ff.

den Feststellungen: "Dass die in dieser Weise bewirkte Begünstigung des Alleinaktionärs für die Gesellschaft erkennbar war, unterliegt keinem Zweifel" (101) oder "der wirkliche Charakter der Leistung war für die Organe ohne weiteres erkennbar" (102).

In andern - teilweise neueren - Urteilen umschreibt das Bundesgericht (103) die Voraussetzungen der verdeckten Gewinnausschüttung folgendermassen: "Eine solche Ausschüttung ist anzunehmen, wenn eine AG einem Aktionär direkt oder indirekt ohne entsprechende Gegenleistung eine Leistung ausgerichtet hat, die insofern ungewöhnlich, mit einem sachgemässen Geschäftsgebahren nicht vereinbar ist, als sie einer der Gesellschaft fernstehenden Person nicht oder nicht im gleichen Umfange gewährt worden wäre." Daraus schliesst Steinmann (104), dass die Rechtsprechung - bei unveränderten objektiven Voraussetzungen - neuerdings auf die "wenig praktikable" (105) Prüfung der bewussten Vorteilszuwendung verzichte. Das Bundesgericht selbst hat sich allerdings nie im Sinne einer dahingehenden - allen von der Doktrin entwickelten Grundsätzen entgegenstehenden - Praxisänderung geäussert. Diese Rechtsprechung erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich. Bei genauerer Betrachtung lassen aber die in der "neueren Praxis" (106) des Bundesgerichtes verwendeten Urteilsbegründungen indirekt auch darauf schliessen, dass bewusste Vorteilszuwendung notwendig ist.

Dieser indirekte Schluss ergibt sich aus der Tatsache, dass das Gericht in den erwähnten Urteilen festhält, die Unterneh-

101 ASA 36 S. 279 Erw. 3; vgl. auch BGE 85 I 258 Erw. 9 = ASA 28 S. 401.

102 ASA 32 S. 327 f. Erw. 5.

103 Vom 22.3.1974, ASA 43 S. 238 ff. Erw. 3; sowie vom 12.7.1963, ASA 32 S. 477 ff. Erw. 2; vgl. auch BGE 95 I 174 ff. Erw. 1 = ASA 38 S. 450 ff.

104 StR 32 S. 365 ff.

105 Känzig, Wehrsteuer N 53 zu Art. 49.

106 So genannt von Steinmann, StR 32 S. 365.

mungsleitung hätte die fragliche Leistung einem fernstehenden Dritten nicht erbracht (107). Dieser Vergleich mit dem fiktiven Drittgeschäft dient nicht nur der Feststellung, ob und allenfalls in welchem Umfange eine übersetzte Zuwendung vorliege. Er beinhaltet auch die Feststellung der bewussten Vorteilszuwendung. In einem Falle, in welchem eine AG Aktien einer zweiten AG unter dem Verkehrswert an ihre Aktionäre veräusserte, stellte das Bundesgericht (108) fest, die AG hätte die in Frage stehenden Titel einem fernstehenden Dritten nicht unter dem Verkehrswert verkauft. Diese Aussage ist nur zutreffend, wenn die AG den Gewinnausschüttungscharakter ihrer Leistung erkannt hat. Sollte dies nicht der Fall sein, hätte sie die Aktien nämlich auch einem fernstehenden Dritten unter dem Verkehrswert verkauft (109). Mithin ist den Begründungen des Bundesgerichtes zu entnehmen, dass das Moment der bewussten Vorteilszuwendung nicht fallengelassen und die von Känzig vertretene Auffassung in der Rechtsprechung nicht übernommen wurde. Dies bestätigt ein kürzlich veröffentlichtes Urteil (110), in welchem das Vorliegen der Begünstigungsabsicht wiederum ausdrücklich gefordert wird. Auch in der Rechtsprechung zu den kantonalen Einkommenssteuergesetzen wird die Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen stets vom Vorliegen einer bewussten Vorteilszuwendung abhängig gemacht (111).

-
- 107 ASA 43 S. 245 Erw. 6 d; ASA 32 S. 482 Erw. 4. Schon in seinem Urteil vom 13.7.1956 begnügte sich das BGr mit dieser Feststellung, um die Begünstigungsabsicht zu bejahen (ASA 25 S. 441 oben). Vgl. auch BGr vom 11.12.1974, NSt 30 S. 173 ff., insbes. S. 177.
- 108 Vom 22.3.1974, ASA 43 S. 245 Erw. 6 d.
- 109 Vgl. Pestalozzi S. 23; Imboden, ASA 31 S. 185; Prym 63 f.
- 110 BGr vom 28.10.1977, ASA 48 S. 64 ff., insbes. Erw. 2.
- 111 Vgl. beispielsweise ZH VGr vom 16.11.1978, RB 1978 Nr. 31; vom 26.3.1976, RB 1976 Nr. 47 (mit Verweisungen) = ZBl 78 S. 87 = ZR 75 Nr. 116; BE VGr vom 16.2.1970, MBVR 1970 Nr. 133; SZ VGr vom 17.6.1977, EGV 1977 S. 33 ff.; SO KRK vom 21.10.1966, B 1966 Nr. 15; TG StRK vom 19.10.1978, GrE 1977 und 1978 Nr. 29.

V. Verhältnis der verdeckten Gewinnausschüttung zur Steuerumgehung und -hinterziehung bzw. zum Steuerbetrug

A. Verdeckte Gewinnausschüttung und Steuerumgehung

1. Einführung

Bei der Steuerumgehung handelt es sich um einen Anwendungsfall der Gesetzesumgehung. Ihr Wesen liegt darin, dass von vornherein ein Tatbestand geschaffen wird, der die Voraussetzungen einer Besteuerung nicht eintreten lässt, oder der Umfang der geschuldeten Steuer vermindert wird. Für den Umgehungstatbestand sind demnach drei Merkmale wesentlich. Das Hauptgewicht liegt auf dem subjektiven Kriterium, nämlich der Absicht der unerlaubten Steuereinsparung. In objektiver Hinsicht muss das vom Steuerpflichtigen gewählte Vorgehen ungewöhnlich sein und effektmässig eine erhebliche Steuereinsparung zur Folge haben (112).

Die verdeckte Gewinnausschüttung stellt an sich keine Form der Steuerumgehung dar (113), obschon gewisse Gemeinsamkeiten der beiden Tatbestände nicht verkannt werden dürfen.

2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Eine gewisse Gemeinsamkeit in objektiver Hinsicht liegt zunächst darin, dass beide Tatbestände an ein "ungewöhnliches" Vorgehen anknüpfen. Dieses besteht bei der Steuerumgehung darin, dass der Steuerpflichtige durch den Missbrauch zivilrechtlicher Formen das Zustandekommen des steuerbegründenden Tatbestandes verunmöglicht hat. Bei der verdeckten Gewinnausschüttung kann die "Ungewöhnlichkeit" darin erblickt werden,

112 Vgl. Blumenstein, System S. 27 ff.; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 39 zu § 71; Meili S. 4 f. sowie die übrige dort zitierte Literatur. Häufig anzutreffende Beispiele von Steuerumgehungen sind bei Reimann/Zuppinger/Schärrer N 41 zu § 71 beschrieben.

113 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrer N 78 zu § 45; ZH ORK vom 2.11.1948, RB 1948 Nr. 28 (mit Verweisung auf Pestalozzi S. 28 ff.) = ZR 47 Nr. 135.

dass die Ausrichtung der betreffenden Leistung mit sachgemäßem Geschäftsgebahren unvereinbar ist, da sie eine Benachteiligung der Gesellschaft zur Folge hat (114).

Eine missbräuchliche Verwendung zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten setzt der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung hingegen begrifflich nicht voraus (115). Wenn die Steuergesetze bloss geschäftsmässig begründete Aufwendungen zum Abzug vom Ertrag zulassen (116), hängt die Abzugsfähigkeit der Aufwendung in keiner Weise von der zivilrechtlichen Formgebung, sondern einzig davon ab, ob die geltend gemachten Ausgaben im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft stehen (117). Ist dies nicht der Fall, kann unabhängig von einem Missbrauch zivilrechtlicher Formen und von einer Umgehungsabsicht auf eine steuerlich aufrechenbare verdeckte Gewinnausschüttung geschlossen werden. Diese wird durch das Gesetz unmittelbar zum Gegenstand der Reinertragssteuer gemacht (118).

Beide Tatbestände bewirken jedoch das gleiche tatsächliche Resultat, welches in einer Steuereinsparung besteht (119).

Bei der Steuerumgehung wird diese zum begriffsnotwendigen Merkmal erhoben, während sie sich bei der verdeckten Gewinnausschüttung automatisch aus der objektiv vorausgesetzten Schmälerung des Reinertrages ergibt (120).

114 So Imboden, ASA 31 S. 188, und Steinmann, StR 32 S. 368; vgl. auch vorn IV. A. 1. und 2.

115 Es ist umgekehrt nicht ausgeschlossen, dass missbräuchliche zivilrechtliche Gestaltungen zur Vornahme verdeckter Gewinnausschüttungen verwendet werden (vgl. Reimann/Zuppinger/Schärer N 41 zu § 71; dsgl. Blumenstein, System S. 30). Vgl. hinten § 12 bei Anm. 51.

116 Vgl. vorn III. A.

117 Vgl. Meili S. 20; ZH ORK vom 31.8.1950, RB 1950 Nr. 43; vom 2.11.1948, RB 1948 Nr. 28.

118 Vgl. Blumenstein, System S. 30; Steinmann, StR 32 S. 369 ff.

119 Vgl. Imboden, ASA 31 S. 188.

120 Vgl. vorn IV. A. 1.

Demgegenüber lassen sich beim Vergleich der beiden subjektiven Tatbestände erhebliche Unterschiede feststellen. Die Steuerumgehung verlangt als Voraussetzung die Absicht einer Steuerersparnis; die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung erfordert jedoch nur eine Gewinnzuwendungsabsicht (121). Die früher gelegentlich vertretene Auffassung (122), welche die Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung vom Vorliegen gewisser Tatbestandsmerkmale der Steuerumgehung, insbesondere vom Kriterium der Steuereinsparungsabsicht, abhängig machte, darf seit dem Entscheid des Bundesgerichtes vom 13.7. 1956 (123) als endgültig widerlegt gelten (124). Die Verwandtschaft von Steuerumgehung und verdeckter Gewinnausschüttung äussert sich hier in der Tatsache, dass in der Praxis im weit überwiegenden Teil der Fälle hauptsächlich fiskalische Motive zur Vornahme verdeckter Gewinnausschüttungen veranlassen (125). Da die Steuereinsparungsabsicht jedoch begrifflich nicht vorausgesetzt wird, können auch Gewinnausschüttungen erfasst werden, die aus andern Motiven - z.B. um die wirklichen Gewinnverhältnisse zu verschleiern - erfolgt sind (126). Trotz zahlreicher Berührungspunkte handelt es sich aber bei der Steuerumgehung und der verdeckten Gewinnausschüttung um verschiedene Tatbestände, die auseinanderzuhalten sind. In der Praxis stellt sich die Frage nach dem Vorliegen einer Steuerumgehung nur, wenn der fragliche Sachverhalt nicht schon als verdeckte Gewinnausschüttung erfassbar ist (127).

121 Vgl. vorn IV. B.

122 Vgl. BGE 74 I 299 und BGr vom 22.10.1953, ASA 22 S. 390.

123 BGE 82 I 288 ff. = ASA 25 S. 433 ff.

124 Vgl. auch die Kritik bei Widmer, ASA 20 S. 121 ff.; ferner Bosshardt S. 203 und Känzig, Wehrsteuer N 53 zu Art. 49.

125 Vgl. vorn § 3 III. B.; Pestalozzi S. 29 f.

126 Vgl. Imboden, ASA 31 S. 189; Baumgartner S. 4.

127 Vgl. Imboden, ASA 31 S. 187; BGr vom 28.10.1977, ASA 48 S. 64 ff.; BS VGr vom 30.1.1968, BJM 1968 S. 97 ff., insbes. Erw. 3.

B. Verdeckte Gewinnausschüttung und Steuerhinterziehung

Eine Steuerhinterziehung liegt vor, wenn der Steuerpflichtige durch ein bestimmtes schuldhaftes Verhalten dem Gemeinwesen die ihm zustehende Steuer ganz oder teilweise entzieht (128). In objektiver Hinsicht muss als Folge der Hinterziehung eine Einschätzung zu Unrecht unterblieben oder ungenügend bzw. unvollständig sein, und das Gemeinwesen muss einen Steuer-ausfall erlitten haben. Die Unterlassung der Einschätzung bzw. ungenügende Einschätzung muss sich sodann aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel ergeben haben (129). Meistens handelt es sich darum, dass der Hinterzieher steuerbare Objekte überhaupt nicht oder unvollständig deklariert. In subjektiver Hinsicht setzt die Steuerhinterziehung ein Verschulden des Täters voraus, wobei neben Vorsatz auch Fahrlässigkeit genügt (130).

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob mit der Vor-
nahme einer verdeckten Gewinnausschüttung gleichzeitig auch
der Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllt sei. Dabei
ist zwischen verdeckten Gewinnausschüttungen i.e.S. und Ge-
winnvorwegnahmen zu unterscheiden.

Für verdeckte Gewinnausschüttungen i.e.S. (131) ist charak-
teristisch, dass die Geschäftsvorfälle als solche den Steuer-
behörden gegenüber korrekt dargestellt und nicht versteckt
werden (132). Ob eine Leistung geschäftsmässig begründet sei

128 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 1 zu § 188; Blumenstein, System S. 314.

129 Dieser Grundsatz wird im zürcherischen Steuergesetz nur für die Nachsteuer ausdrücklich festgehalten (Art. 102 Abs. 1), gilt aber auch für die Strafsteuer (Reimann/Zuppinger/Schärrer N 11 zu § 188).

130 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 14 ff. zu § 188.

131 Vgl. vorn II. A. und hinten § 5.

132 Vgl. Prym S. 76. Das für die Steuerhinterziehung typische Merkmal der Verheimlichung fehlt. Näheres dazu hinten § 5.

oder nicht, ist stets Ermessensfrage. Ist es den Einschätzungsbehörden aufgrund eines bei der ordentlichen Einschätzung bekannten Sachverhaltes möglich gewesen, die geschäftsmässige Begründetheit einer Leistung zu überprüfen und allfällige Korrekturen vorzunehmen, so liegt bei nachträglicher Entdeckung einer verdeckten Gewinnausschüttung keine neue Tatsache vor (133). Mithin erfüllt die verdeckte Gewinnausschüttung i.e.S. den Tatbestand der Steuerhinterziehung in der Regel nicht (134).

Auch Gewinnvorwegnahmen (135) erfüllen die Voraussetzungen der Steuerhinterziehung nicht, soweit es um blosses Ermessensfragen geht. Werden dagegen die Einnahmen einer AG aus einzelnen Geschäftsvorfällen überhaupt nicht oder unvollständig verbucht, weil sie direkt dem beherrschenden Aktionär zufließen, so liegt bei Entdeckung dieser Unterlassung eine neue Tatsache vor, und der Tatbestand der Steuerhinterziehung ist objektiv erfüllt (136).

Da jede verdeckte Gewinnausschüttung Bestandteil des steuerbaren Reinertrages darstellt, führt demgegenüber nach Ansicht der Steuerkommission des Kantons BS (137) deren Nichtdeklaration zur Unvollständigkeit der betreffenden Steuererklärung. Ist die Steuerschuld aber wegen unvollständiger Angaben zu niedrig festgesetzt worden, hat der Steuerpflichtige Nachsteuern und bei Verschulden Strafsteuern zu entrichten.

133 ZH Art. 102 Abs. 2 StG; SG Art. 120 Abs. 3 StG; vgl. auch Baumgartner S. 6 f.; Blumenstein, System S. 317.

134 Anders verhält es sich, wenn eine AG beispielsweise ohne Begründung Abschreibungen auf Debitoren vornimmt und später bekannt wird, dass darin ein Schulderrass gegenüber dem beherrschenden Aktionär lag. In diesem Falle stellt die Entdeckung der verdeckten Gewinnausschüttung eine neue Tatsache dar (Zuppinger, Nachsteuern S. 29). Vgl. BGr vom 16.10.1953, ASA 22 S. 255; LU StRK vom 19.6.1953, ZBl 55 S. 248 ff.

135 Vgl. vorn II. B. und hinten § 5.

136 Vgl. Zuppinger, ASA 44 S. 122 f., mit entsprechenden Beispielen.

137 Urteil vom 22.10.1965, BJM 1967 S. 59 f.; vgl. auch Grüniger/Studer S. 465.

ten. Meiner Ansicht nach sollte die Unvollständigkeit der Steuererklärung nach den gleichen Gesichtspunkten ermittelt werden wie das Vorliegen einer neuen Tatsache.

C. Verdeckte Gewinnausschüttung und Steuerbetrug

Der Steuerbetrug stellt eine qualifizierte Form der Steuerhinterziehung dar. In objektiver Hinsicht setzt er die Täuschung der Steuerbehörden über erhebliche Tatsachen durch den Gebrauch gefälschter oder verfälschter Urkunden voraus. In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand die Absicht des Täters auf Steuerhinterziehung (138).

Die hier interessierende Frage, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung den Tatbestand des Steuerbetruges erfülle oder nicht, ist teilweise nach den gleichen Kriterien zu beurteilen, wie sie im Zusammenhang mit der Steuerhinterziehung erörtert wurden. Die Verwandtschaft der beiden Straftatbestände ergibt sich daraus, dass die beim Steuerbetrug geforderte erhebliche Tatsache mit der für die Steuerhinterziehung vorausgesetzten erheblichen (= neuen) Tatsache identisch ist (139). Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann den Tatbestand des Steuerbetruges m.a.W. nur dann erfüllen, wenn deren Entdeckung eine "neue" Tatsache bedeutet (140).

Demzufolge erfüllen verdeckte Gewinnausschüttungen i.e.S. und Gewinnvorwegnahmen, soweit es dabei um blosse Ermessens-

138 Vgl. beispielsweise ZH § 192 Abs. 1 StG; Art. 130 bis WStB; Reimann/Zuppinger/Schärner N 8 ff. zu § 192; Blumenstein, System S. 317 f. Es ist allerdings nicht notwendig, dass die Urkunden ausschliesslich oder primär zur Erwirkung eines Steuervorteils gefälscht oder verfälscht werden (Zuppinger, ASA 44 S. 96).

139 Vgl. Zuppinger, ASA 44 S. 97 ff. Für den Steuerbetrug können indessen auch Tatsachen erheblich sein, welche bereits während des Veranlagungsverfahrens bekannt werden.

140 Vgl. vorstehend B.

fragen geht, die Voraussetzungen des Steuerbetruges nicht. Anders verhält es sich, wenn die Organe einer AG Gewinnvornahmen durch Nichtverbuchung einzelner Geschäftsvorfälle vornehmen. Durch die unvollständige Verbuchung werden die Steuerbehörden über eine erhebliche Tatsache getäuscht, womit der objektive Tatbestand des Steuerbetruges erfüllt ist (141).

141 Vgl. Zuppinger, ASA 44 S. 120 ff.; vorstehend B.

§ 5 Die wichtigsten Erscheinungsformen der verdeckten Gewinnausschüttung und ihre Bemessung

I. Einführung

Die Erscheinungsformen der verdeckten Gewinnausschüttung sind mannigfaltig. Sie können in übersetzten Vergütungen für Arbeitsleistungen, in der unentgeltlichen oder verbilligten Zurverfügungstellung von Darlehen und Wohnungen, in der Verbilligung von Sachbezügen usw. bestehen. Es liegt in der Natur der Sache, dass immer neue Wege gefunden werden, Vorteile aus der Gesellschaft herauszuziehen, die buchmässig als Aufwand erscheinen, ihrem Wesen nach aber als Gewinnausschüttungen zu qualifizieren sind.

Bei der Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung ist stets davon auszugehen, dass AG und Aktionär grundsätzlich befugt sind, ihre Rechtsbeziehungen im Rahmen der zivilrechtlichen Vorschriften nach eigenem Ermessen zu regeln (1). So getroffene Vereinbarungen auf ihre Angemessenheit zu überprüfen, steht den Steuerbehörden daher in der Regel nicht zu. Es besteht auch kein Anlass, an der geschäftsmässigen Begründetheit einer Leistung der AG zu zweifeln, wenn der Leistungsaustausch zwischen Gesellschaft und Gesellschafter von gegensätzlichen wirtschaftlichen Interessen bestimmt wird. Dieser Interessengegensatz fehlt jedoch bei Familienaktiengesellschaften häufig. Hier haben es ein oder mehrere Unternehmeraktionäre aufgrund der gesellschaftlichen Struktur (2) oft in der Hand, Höhe und Form ihrer Bezüge frei festzulegen. In solchen Fällen greift die Kontrolle

-
- 1 Dies kommt z.B. in BGr vom 25.6.1948, ASA 17 S. 151 f., sowie in ZH ORK vom 18.12.1954, ASA 23 S. 430, zum Ausdruck.
 - 2 Vgl. vorn § 4 IV. A. 2. Prym, S. 153, spricht von der "Doppelstellung", die die Gesellschafter-Geschäftsführer als Aktionäre und Arbeitnehmer einnehmen.

der Steuerbehörden im Interesse der Gleichmässigkeit der Besteuerung (3) ein, indem der Aufwandcharakter der veranschlagten Unkosten überprüft wird.

Die Ermittlung der steuerlich zulässigen Bezüge mitarbeitender Aktionäre ist eine Ermessensfrage, die in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse beurteilt werden muss. Bei der Prüfung einer allfälligen Unangemessenheit sind auf der einen Seite stets die gesamten Bezüge eines geschäftsführenden Gesellschafters in Betracht zu ziehen. Diese setzen sich aus allen in Geld oder Sachwerten ausgerichteten Vorteilen, überhaupt aus allen geldwerten Vorteilen, zusammen. Der so ermittelten Summe der Bezüge ist andererseits ebenso die Gesamtheit der Leistungen des Gesellschafters - wiederum unabhängig von der Form, in welcher sie erbracht werden - gegenüberzustellen (4). Auf diese Art kann sich der Aussenstehende ein Bild über den wahren Umfang des tatsächlichen Leistungsaustausches machen, welcher für die Ermittlung eines Missverhältnisses massgeblich ist (5).

II. Vergütungen für Arbeitsleistungen

A. Einführung

Wie aus der umfangreichen Rechtsprechung hervorgeht, treten in der Praxis verdeckte Gewinnausschüttungen in der Form von übermässigen Vergütungen für Arbeitsleistungen an Unternehmeraktionäre am häufigsten auf. Darunter fallen neben festen Salä-

-
- 3 Der Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung fordert, dass alle Personen, die für eine Steuer herangezogen werden und sich in gleichen wirtschaftlichen Verhältnissen befinden, gleich belastet werden (vgl. Weber S. 43).
 - 4 Zu beachten bleiben allerdings die vorn unter § 4 IV. A. 1. b) entwickelten Grundsätze.
 - 5 Vgl. Schärer, ASA 43 S. 292.

ren Gehaltsnachzahlungen, Teilleistungszulagen, Gratifikationen (6) und andere ausserordentliche Vergütungen sowie Ruhegelder, Pensionen, Provisionen, Spesevergütungen (7) und dergleichen (8). Massgebend ist mithin allein der wirtschaftliche Charakter der Leistungen, gleichgültig in welcher Form und unter welcher Bezeichnung sie erfolgen (9). Es ist daher oft mit Schwierigkeiten verbunden, sich die gesamte Entlohnung, d.h. sämtliche Leistungen, welche der Gesellschafter als Entgelt für seine unternehmerische Tätigkeit empfängt, zu vergegenwärtigen. Bei Arbeitsleistungen in mehreren Unternehmungen sind überdies Gesamtleistung und Gesamtvergütung zu vergleichen (10).

B. Steuerlich zulässige Höhe

1. Ablehnung von Formeln

a) Im allgemeinen

Angeht es um die verschiedenartige der Verhältnisse in den einzelnen Unternehmungen, erweist es sich als unmöglich, allgemeingültige und eindeutige Abgrenzungskriterien für geschäftsmässig bedingte Saläre zu finden.

Die absolute Höhe der Saläre dürfte kaum beispielsweise allein einen hinreichenden Grund zur Annahme einer verdeckten Gewinn ausschüttung bilden (11). Dennoch anerkannte die Eidgenössische

6 BGE, 72, I 184 ff. = ASA 15, S. 240 ff.
7 Beiträge an die Vergütungs-, Erfolgs- und Bildungsausgaben: SO. KRK vom 23.6.1961, B. 1961, Nr. 5.
8 Versicherungsleistungen: BGI vom 11.7.1956, ASA 15 S. 170 ff. Für weitere Formen sei auf Künzle, Wehrsteiner, LB 1964 und 1972 N 55 zu Art. 48, sowie Grüniger, Fiedler, S. 463 f. verwiesen.
9 Vgl. Reimann, Zuppinger, Schärfer N 23 zu § 48; BGE S. 164; BGI vom 27.9.1946, ASA 15 S. 240 ff.
10 ZH VGr vom 17.11.1966, SE 28 1966, unveröffl.; Pestalozzi S. 71.
11 So zutreffend BGI vom 27.9.1946, ASA 15 S. 245.

Steuerverwaltung nach Einführung der Couponsteuer zunächst maximal Fr. 60'000.- als Jahresgehalt für geschäftsführende Aktionäre und sah in den diesen Betrag übersteigenden Salärteilen in der Regel eine verdeckte Gewinnausschüttung (12). Trotz stichhaltiger Kritik (13) hielt sich diese Praxis während geraumer Zeit, bis die Komplikationen mit den 1948 eingeführten Sozialversicherungsbeiträgen Anlass zur Milderung gaben (14).

Aus naheliegenden Gründen wurde verschiedentlich der Versuch unternommen, die steuerlich zulässigen Bezüge der Gesellschafter mit Hilfe von Formeln mathematisch zu berechnen. Ein solches Vorgehen würde einerseits wesentlich zur Vereinfachung der Einschätzung beitragen und wäre anderseits im Hinblick auf die Rechtssicherheit auch vom Standpunkt des Pflichtigen aus zu begrüssen. So empfiehlt die Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (15, 16) beispielsweise die Verwendung folgender Formel, welche sich insbesondere "für mittelgrosse Unternehmungen im allgemeinen zur Berechnung des Erfolgsanteils der mitarbeitenden Aktionäre" eigne. Danach hat die Gewinnverteilung in zwei Stufen zu erfolgen:

"Erste Stufe:

Von dem nach Abzug der ordentlichen Geschäftskosten verbleibenden Reingewinn werden zunächst abgezogen

- a) die angemessenen Arbeitsentgelte an die mitarbeitenden Aktionäre, jedoch ohne Erfolgsbeteiligung,
- b) die geschäftsmässig begründeten Abschreibungen und Rück-

12 Vgl. den Hinweis auf diese Praxis bei Herold, StR 32 S. 222 f., der aber festhält, dass die zürcherische Rekurspraxis schon vor 1948 über die Grenze von Fr. 60'000.- hinausging. Vgl. auch BGr vom 27.9.1946, ASA 15 S. 245; ferner SO KRK vom 21.10.1966, B 1966 Nr. 15.

13 Vgl. Henggeler, SAG 16 S. 178; dsgl. Pestalozzi S. 76.

14 So Herold, StR 32 S. 223.

15 Jber. 1972 S. 14 f.

16 In der deutschen Lehre wurde eine Mehrzahl derartiger Formeln entwickelt (vgl. Prym S. 160 f.).

- stellungen,
c) die angemessene Zuweisung an die Fürsorgestiftung,
d) die Ausrichtung einer (zunächst theoretischen) Dividende von 5 %.

Zweite Stufe:

Der nach Vornahme aller Zuweisungen gemäss erster Stufe verbleibende Reingewinn geht

- a) zu einem Drittel an die mitarbeitenden Aktionäre als Erfolgsanteil (zusätzlich zum reinen Arbeitsentgelt),
- b) zu einem Drittel als Superdividende an die Aktionäre (zusätzlich zur ordentlichen Dividende von 5 %),
- c) zu einem Drittel als Reservestellung an die Aktiengesellschaft zu deren Konsolidierung.

Damit wird eine gleichmässige und gerechte Dotierung der drei Interessenkreise 'Arbeit - Kapital - Gesellschaft' erreicht.

Von allen Zuweisungen gemäss erster und zweiter Stufe stellen nur

- die Dividende von 5 % zuzüglich Superdividende sowie
- die Reservestellung bei der Gesellschaft

steuerpflichtigen Reingewinn dar, während die Saläre an die mitarbeitenden Aktionäre (reines Arbeitsentgelt zuzüglich Erfolgsanteil) grundsätzlich abzugsfähige Unkosten sind."

Die entscheidende Schwäche dieser Formel ist darin zu sehen, dass zunächst ein "angemessenes Arbeitsentgelt ohne Erfolgsbeteiligung" ermittelt werden muss (17). Zur Festlegung dieses Ausgangspunktes halten sich die Einschätzungsbehörden an die nachstehend (18) zu erörternden Kriterien.

In der Rechtsprechung wird die bloss rechnerische Bestimmung der zulässigen Bezüge zu Recht als unzulänglich abgelehnt (19). Grund für die Abstandnahme bildet die Einsicht, dass es keine mathematische Formel gibt, welche den spezifischen Gegebenheiten jedes Einzelfalles gerecht werden könnte.

17 Vgl. Baumgartner S. 12 f.

18 Vgl. 2. b), insbes. aa).

19 So ausdrücklich in SO KRK vom 7.1.1974, GrE 1974 Nr. 16.

Immerhin wurde in der Praxis erkannt, dass derartige Formeln nicht völlig wertlos sind. So scheinen sie als Anhaltspunkte für die Vermittlung von Grössenvorstellungen durchaus geeignet. Dies kommt im oben erwähnten Urteil der solothurnischen Rekurskommission (20) zum Ausdruck, wo die Berechtigung einer von der Steuerverwaltung vorgenommenen Aufrechnung u.a. an der von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften aufgestellten Formel gemessen wird. Allgemein ergibt sich daraus der Schluss, dass solche Formeln zwar nicht schematisch zur Anwendung gelangen dürfen, aber dennoch eine Hilfsfunktion erfüllen, indem sie wie die übrigen von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien als Indizien für die Angemessenheit der Salärbezüge dienen können (21).

b) Verwendung amtsinterner Formeln

In der Veranlagungspraxis werden im Interesse einer rechtsgleichen Besteuerung vereinzelt bestimmte Formeln zur schematischen Berechnung der angemessenen Salärbezüge zum bloss amtsinternen Gebrauch herangezogen (22). Die Einschätzungsbehörden vermeiden dabei die Bekanntgabe des von ihnen angewendeten Schemas, offenbar aus Rücksicht darauf, dass dieses nicht in allen Fällen vorbehaltlos und unverändert Anwendung finden kann. Sie behalten sich nämlich vor, die Anwendbarkeit ihres Schemas in jedem Einzelfalle von neuem zu beurteilen. Aus diesem Grund könnte auch durch Veröffentlichung der intern angewandten Formel die Unsicherheit des Steuerpflichtigen nicht entscheidend verringert werden.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert indessen die Gewährung des Rechtes auf Akteneinsicht (23). Dieses gibt

20 Vgl. Anm. 19.

21 So auch Prym S. 162.

22 So hält sich die solothurnische Einschätzungsbehörde zur Beurteilung der Berechtigung von Aktionärsbezügen an ein von der EStV zum internen Gebrauch entworfenes Schema (vgl. KRK vom 26.4.1976, St 1971-74/57, unveröff.).

23 Vgl. zu diesem Problem allgemein Imboden/Rhinow Nr. 83.

dem Steuerpflichtigen im wesentlichen Anspruch auf Einsicht in die Akten, die Grundlage eines Entscheides der Einschätzungsbehörden bilden, und ermöglicht ihm die Stellungnahme dazu (24). Ueberwiegt das Interesse an der Geheimhaltung, so können die betreffenden Akten im Rechtsmittelverfahren nicht mehr als Entscheidungsgrundlage verwendet werden und sind deshalb - wenn immer möglich vor Kenntnisnahme durch die Beschwerdeinstanz - aus dem Recht zu weisen (25). Die Aufrechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung kann mit- hin nicht unter Berufung auf eine intern verwendete Formel erfolgen. Daher muss stets schon im Veranlagungsverfahren das Vorliegen anderer Indizien geprüft werden, welche die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung rechtfertigen. Können solche Anhaltspunkte nicht nachgewiesen werden, weil die Aufrechnung allein aufgrund des intern angewandten Schemas vorgenommen worden ist, so lässt sich der Entscheid der Einschätzungsbehörde nicht aufrecht erhalten, und die veranschlagten Salärbezüge sind im Rechtsmittelverfahren vollumfänglich als abzugsfähige Unkosten anzuerkennen (26). Damit ist aber die Nützlichkeit intern verwendeter Formeln gänzlich in Frage gestellt. Diese dienen in keiner Weise der Vereinfachung und Vereinheitlichung der Einschätzung, wenn sie aus Geheimhaltungsgründen im Rechtsmittelverfahren nicht mehr angerufen werden können und die Einschätzungsbehörde ihren Entscheid auf andere Grundlagen abstützen muss. Die Verwendung schematischer Berechnungsmethoden, die nicht zur allgemeinen Bekanntgabe an die Steuerpflichtigen bestimmt sind, ist aus diesen Gründen abzulehnen.

24 So ausdrücklich ZH § 76 StG.

25 Vgl. SO KRK vom 26.4.1976, St 1971-74/57, unveröff., mit Verweisung auf Reimann/Zuppinger/Schärrier N 5 zu § 76.

26 Zutreffend SO KRK vom 3.7.1978, GrE 1978 Nr. 22.

2. Die einzelnen Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit

a) Einführung

Mangels eindeutiger Abgrenzungskriterien muss sich die Behandlung der ganzen Problematik darauf beschränken, die Gesichtspunkte aufzuzeigen, die die Veranlagungsbehörde bei ihrer Entscheidung leiten sollen. Lehre und Rechtsprechung haben eine Vielzahl von Kriterien entwickelt, welche die Ermittlung und Bemessung verdeckter Gewinnausschüttungen in der Form von übersetzten Arbeitsgehältern ermöglichen. Die massgebenden Faktoren lassen sich in inner- und ausserbetriebliche Tatsachen aufteilen, wobei für die Beurteilung der Angemessenheit keiner Gruppe der Vorrang einzuräumen ist. Es geht vielmehr darum, möglichst viele Bestimmungsfaktoren in Erfahrung zu bringen, um dem konkreten Einzelfall gerecht zu werden.

b) Innerbetriebliche Tatsachen

aa) Vergleich mit gesellschaftsfremden leitenden Angestellten

Die Bezüge geschäftsführender Aktionäre gelten als angemessen, sofern sie für die betreffende Unternehmung betrieblich bedingt sind und demzufolge auch einem unbeteiligten Dritten ausgerichtet würden. Um die Frage der Angemessenheit zu beantworten, wäre indessen eine unternehmerische Entscheidung der Einschätzungsbehörde erforderlich, welche ihr im Einzelfalle nicht zumutbar ist. Wie Fromer (27) zutreffend bemerkt, kommt der "Wert", den der geschäftsführende Aktionär für seine Unternehmung darstellt, nur einwandfrei zum Ausdruck, wenn man sich vor Augen führt, welches Salär er nach dem Verkauf seiner Unternehmung erhielte. Statt dessen stellt die Praxis auf den an sich weniger aussagenden Vergleich mit den höch-

sten Salären gesellschaftsfremder Angestellter ab (28). Als Ausgangspunkt dient dabei der Grundsatz, wonach die Gesellschaft einen in ihrem Dienst stehenden Gesellschafter nicht ungünstiger zu behandeln braucht als einen unbeteiligten Dritten. Mit andern Worten sollen dem mitarbeitenden Aktionär aus seiner Gesellschaftereigenschaft keine Nachteile erwachsen.

Der Wert einer Dienstleistung und damit die Höhe der dafür zu entrichtenden Vergütung hängen in objektiver Hinsicht hauptsächlich von der Art und dem Umfang der Tätigkeit sowie von der Stellung im Betrieb und dem Mass der damit verbundenen Verantwortung ab. Von Bedeutung sind bei der Bewertung ferner die Funktion, die Vorbildung, die besonderen Fähigkeiten sowie die Anzahl der Dienstjahre des Angestellten (29). Es kommt aber stets entscheidend auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit an, nicht auf eine früher erworbene Qualifikation. So ist es beispielsweise ungerechtfertigt, eine Tätigkeit nur deswegen höher zu bewerten, weil sie von einem Akademiker ausgeübt wird, wenn ein Nichtakademiker dieselbe Arbeit auch verrichtet.

Die geschäftsführende Tätigkeit unterscheidet sich grundlegend von den ausführenden, vornehmlich routinemässigen Arbeiten. Sie besteht weitgehend in geistiger Betätigung und lässt sich daher nicht nach den gleichen Gesichtspunkten - etwa nach dem Massstab des Zeitaufwandes - beurteilen wie die ausführende Arbeit (30). Es ist aber gerade Aufgabe der Besoldung, auch spezifisch unternehmerische Leistungen gebührend

28 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärner N 90 zu § 45; Prym S. 169.

29 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärner N 90 zu § 45; Pestalozzi S. 71; ferner EStV vom 18.11.1955, ASA 24 S. 330 f.; vgl. dazu auch SPA, Jber. 1978 S. 110 f.

30 Zum Unterschied zwischen leitender und ausführender Tätigkeit wird auf die ausführliche Darstellung bei Pestalozzi, S. 69 ff., verwiesen.

zu honorieren. Liegt die Geschäftsleitung einer Unternehmung allein in den Händen von beteiligten Aktionären, geht es demzufolge nicht an, von den Salären der übrigen Angestellten Rückschlüsse auf die Angemessenheit der Geschäftsführersaläre zu ziehen.

Aufschlussreicher ist der in der Praxis häufig angestellte Vergleich mit den Salären des übrigen leitenden Personals ohne Aktionärstellung (31). Aber auch bei dieser Gegenüberstellung sind einige Besonderheiten zu berücksichtigen. So spielen bei der Bewertung der geschäftsführenden Tätigkeit neben den erwähnten Kriterien vermehrt auch subjektive Faktoren eine massgebliche Rolle. Dies hat zur Folge, dass in erster Linie der persönliche Einsatz für die Unternehmung sowie das Verantwortungsbewusstsein in Betracht gezogen werden müssen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Beziehungen zwischen einem gesellschaftsfremden Geschäftsführer und seiner Arbeitgeberin und einem geschäftsführenden Gesellschafter grundlegend verschieden sein können. Aus der Verknüpfung von Geschäftsführung und Kapitalbeteiligung resultiert in der Regel eine engere Beziehung zur Unternehmung. Der geschäftsführende Aktionär betrachtet seine Position zudem häufig als Lebensstellung und seine Tätigkeit als Lebensaufgabe, was ihn auch veranlasst, der Gesellschaft neben seiner ganzen Arbeitskraft sein Vermögen unter Einschluss der laufenden Ersparnisse - z.B. in der Form von Darlehen - zur Verfügung zu stellen (32). Zur materiellen Schicksalsgemeinschaft tritt überdies die psychologische Identifizierung mit der Unternehmung, was zusammen beim Unternehmeraktionär in den meisten Fällen zu erhöhter Leistungsbereitschaft führen dürfte (33).

31 So z.B. in BGE 72 I 184 ff. = ASA 15 S. 240 ff.

32 Vgl. vorn § 1 IV. B.

33 Vgl. dazu die Ausführungen der SPA, Jber. 1978 S. 110 f. und Jber. 1975 S. 11.

Auf der andern Seite darf nicht verkannt werden, dass es auch gesellschaftsfremde Geschäftsführer gibt, die mit der Unternehmung, die ihre Arbeitgeberin ist, buchstäblich zusammenwachsen. Dennoch entsteht nicht notwendig eine solche Bindung, wie sie aus der Verknüpfung von Geschäftsführung und Kapitalbeteiligung folgt.

In denjenigen Fällen, in denen diese Beobachtungen zutreffen, rechtfertigt es sich, für den erhöhten Einsatz des Unternehmeraktionärs auch entsprechend höhere Bezüge als geschäftsmässig begründet zu erachten (34). Für die Relation zu den Salären der übrigen leitenden Angestellten existiert kein allgemeingültiges Mass (35). Daraus erhellt, dass dieser Vergleich allein im konkreten Falle keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Beurteilung der Angemessenheit der Bezüge geschäftsführender Aktionäre geben kann, weshalb die Heranziehung weiterer Kriterien unumgänglich ist (36). Immerhin eignet sich die Gegenüberstellung der Gehälter zur Erkennung der Gesichtspunkte, auf welche die innerbetriebliche Salärpolitik abstellt. So ist es ein Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung, wenn das Salär des geschäftsführenden Aktionärs verhältnismässig wesentlich stärker erhöht wurde als dasjenige der nicht beteiligten

34 Dies kommt in SO KRK vom 7.1.1974, GrE 1974 Nr. 16, zum Ausdruck.

35 Zur Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen dient bei den Veranlagungsbehörden oft die "Faustregel", wonach der mitarbeitende Aktionär nicht mehr verdienen "dürfe als der höchstbezahlte Nichtaktionär plus 50%" (vgl. SPA, Jber. 1978 S. 110 f.). Fromer, ZBl 71 S. 8, weist darauf hin, dass das Salär des nichtbeteiligten Mitarbeiters bisweilen verdoppelt werde, um das angemessene Gehalt für den mitarbeitenden Aktionär zu errechnen. Für die KRK SO (vom 7.1.1974, GrE 1974 Nr. 16) bedeutet die Tatsache, dass die Aktionäre ein Salär beziehen, welches mehr als das Dreifache der Bezüge der nichtbeteiligten Angestellten ausmacht, ein Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung. Vgl. ferner BGr vom 13. 10.1961, ASA 30 S. 482; SG VGr vom 4.10.1972, GVP 1972 Nr. 5.

36 So im Ergebnis auch Prym S. 165.

leitenden Angestellten (37). Folgerichtig spricht es zwingend gegen eine verdeckte Gewinnausschüttung, wenn ein gesellschaftsfremder Angestellter in vergleichbarer Funktion ein gleich hohes Salär bezieht wie ein mitarbeitender Aktionär. Freilich geht es aber nicht an, zur Tarnung verdeckter Gewinnausschüttungen ausserordentlich hohe Saläre an nichtbeteiligte leitende Angestellte zu entrichten (38). Die Gehälter allein aus diesem Grunde hoch zu halten kann indessen nicht einer normalen Gehaltspolitik entsprechen.

Bei der Frage, ob Renten- oder Sozialleistungen als verdeckte Gewinnausschüttungen zu betrachten seien, kommt dem Vergleich mit gesellschaftsfremden Angestellten oft ausschlaggebende Bedeutung zu. So ist den Rentenleistungen, die eine AG ihrem Aktionär-Direktor nach seinem Rücktritt ausrichtet, die Anerkennung als geschäftsmässiger Aufwand zu versagen, wenn einem unbeteiligten langjährigen Prokuristen bei seinem Austritt aus der Unternehmung keine derartige Leistung erbracht worden war (39). Die Höhe der steuerlich zulässigen Ruhegehälter ist unter entsprechender Anwendung der vorstehend für Saläre aufgestellten Grundsätze zu ermitteln.

Saläre an Unternehmeraktionäre werden grundsätzlich als betrieblich bedingt erachtet, wenn sie keine Anteile am Unternehmungserfolg enthalten. Nun verhält es sich aber so, dass häufig auch den nichtbeteiligten Mitarbeitern Entschädigungen geboten werden, welche über das reine Arbeitsentgelt hinaus Erfolgsanteile beinhalten. Solche Ansprüche durchzusetzen, wird dem betreffenden Geschäftsführer insbesondere gelingen, wenn die Gesellschaft auf seine Fähigkeiten oder Spezialkenntnisse angewiesen ist. Was bei nichtbeteiligten als Salär anerkannt ist, muss aber auch bei beteiligten Geschäftsführern

37 Vgl. SG VGr vom 4.10.1972, GVP 1972 Nr. 5; BGr vom 18.2.1955, ASA 23 S. 537; vom 27.9.1946, ASA 15 S. 246 f.

38 Vgl. Henggeler, SAG 16 S. 180.

39 Vgl. dazu die Erwägungen in BGE 95 I 174 ff. Erw. 1 und 2 = ASA 38 S. 450 ff.

zulässig sein (40). Bestehen innerbetriebliche Vergleichsmöglichkeiten, so ergeben sich bei der Beurteilung keine Schwierigkeiten. Fehlen vergleichbare Gehaltsleistungen, so eignet sich die von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften vorgeschlagene Formel zur überschlagsmässigen Berechnung des zulässigen Erfolgsanteils geschäftsführender Aktionäre (41).

bb) Umsatz- und Gewinnverhältnisse

Die Angemessenheit eines Salärs ist primär nach der Arbeitsleistung zu beurteilen. Der geschäftsführende Gesellschafter wird die Vergütung seiner Arbeit jedoch auch am Umsatz bzw. am Gewinn orientieren. Auch diese Grössen können in der Praxis ein wichtiges Indiz für die Angemessenheitsprüfung der Gehälter darstellen (42), bilden sie doch letztlich einen Massstab für die persönliche Leistung der Geschäftsführer. Das Verhältnis des Salärbezuges zum Umsatz bzw. Gewinn ist jedoch vor allem im Vergleich mit den Verhältnissen in andern Unternehmungen der gleichen Branche und Grössenordnung in Erwägung zu ziehen (43).

Innerbetrieblich dient die Gegenüberstellung von Gewinn und Salären etwa der Feststellung, ob eine angemessene Relation zwischen der Dividendenpolitik und den Salärerhöhungen bestehe (44). Ferner ist zu beachten, dass bei Umsatzsteigerungen in der Regel mit einer proportionalen Gewinn- und Salärentwicklung gerechnet werden darf. Demnach kann es für eine verdeckte Gewinnausschüttung sprechen, wenn einer geringen Umsatzsteigerung eine massive Gehaltserhöhung gegenübersteht,

40 Vgl. SPA, Jber. 1975 S. 10.

41 Vgl. vorn bei Anm. 15.

42 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrer N 90 zu § 45; Pestalozzi S. 72.

43 Näheres dazu hinten c).

44 Näheres dazu nachstehend cc); vgl. ferner Zweifel, StR 5 S. 358.

so dass der Gewinn unverändert bleibt oder gar sinkt (45).

Auf der andern Seite darf die Frage nach der Gewinnerzielung bei der Prüfung der Angemessenheit der Gehälter der geschäftsführenden Aktionäre insbesondere dann nicht entscheidend sein, wenn die Gewinne abnehmen oder die Gesellschaft sogar mit Verlust arbeitet. Auch unter solchen Umständen hat der im Dienste der Gesellschaft stehende Aktionär Anspruch auf ein seiner Arbeitsleistung angemessenes Gehalt, wie dies einem unbeteiligten Geschäftsführer zugebilligt werden müsste. Es verhält sich sogar oftmals so, dass ein schlecht rentierendes Unternehmen einer besonders sachkundigen und leistungsfähigen Leitung bedarf, um bessere Geschäftsergebnisse herbeizuführen, selbst wenn dafür ein sehr hohes Salär aufgebracht werden muss (46).

cc) Relation zwischen Dividenden- und Salärpolitik

Eine Unternehmung ist für ihre geschäftliche Tätigkeit nicht nur auf Arbeitskräfte, sondern auch auf Kapital angewiesen. Die nötigen Kapitalgeber lassen sich in der Regel nur finden, wenn sie durch einen ihrem Risiko entsprechenden Ertrag honoriert werden. Es kommt zunächst darauf an, dass zwischen den Bezügen der geschäftsführenden Gesellschafter und der Dividendenpolitik stets eine angemessene Relation besteht (47), denn eine AG ist normalerweise nicht bereit, ihrem Geschäftsführer auf die Dauer so hohe Bezüge zuzubilligen, dass dadurch ihr Gewinn auffallend niedrig ausfällt oder das Aktienkapital sogar leer ausgeht.

Gestützt auf diese Ueberlegungen benützen die Veranlagungsbehörden den Vergleich zwischen Salär- und Dividendenpolitik zu Recht als Anhaltspunkt für die Ermittlung verdeckter Ge-

45 Vgl. Prym S. 171.

46 Reimann/Zuppinger/Schärerer N 90 zu § 45; ZH VGr vom 28. 5.1965, RB 1965 Nr. 47 = SAG 39 S. 101.

47 Vgl. dazu die Formel der SPA vorn bei Anm. 15.

winnausschüttungen (48). Entsprechend hat die Rechtsprechung das Vorliegen einer verdeckten Gewinnentnahme in denjenigen Fällen bejaht, in welchen den mitarbeitenden Aktionären infolge eines erheblich gestiegenen Geschäftserfolges bedeutende Salärerhöhungen zugestanden wurden, während die Gesellschaft gleichzeitig auf die Ausrichtung einer Dividende verzichtete (49). Dieser Umstand rechtfertigt die Annahme, dass diese Gehaltserhöhungen zulasten des erzielten Gesellschaftsertrages erbracht wurden und somit auch Zuwendungen inbegriffen waren, die normalerweise als jährliche Gewinnverteilung hätten ausgewiesen werden müssen. Gleich verhält es sich, wenn die Saläre der Geschäftsleitung bei stark erhöhtem Reingewinn heraufgesetzt werden, die Dividende aber unverändert auf einer bescheidenen Höhe gehalten wird (50). Sobald die Dividende aber eine normale Höhe erreicht hat, können aus dem Vergleich mit der Entwicklung der Saläre keine derartigen Rückschlüsse mehr gezogen werden (51). Umgekehrt erscheint es gerechtfertigt, bei relativ hoher Rendite auch entsprechend hohe Arbeitsentschädigungen anzuerkennen (52).

dd) Stetigkeit der Bezüge

Für die Höhe eines Gehaltes ist nicht die Höhe der Gewinne oder Umsätze der Unternehmung, sondern - wie schon an anderer Stelle betont (53) - in erster Linie die Arbeitsleistung des betreffenden Gesellschafters massgebend. Schwankungen in der Gewinn- und Umsatzentwicklung dürfen daher im allgemeinen

-
- 48 Vgl. Prym S. 164 und 170; Pestalozzi S. 72 f.; Zweifel StR 5 S. 357 f.
49 SG VGr vom 4.10.1972, GVP 1972 Nr. 5; dsogl. BGr vom 13.10.1961, ASA 30 S. 480 ff.; vom 18.2.1955, ASA 23 S. 535 ff.; ZH ORK vom 2.11.1948, RB 1948 Nr. 28 = ZR 47 Nr. 135.
50 Vgl. Zweifel, StR 5 S. 357 f.
51 Vgl. Pestalozzi S. 73.
52 Vgl. Baumgartner S. 14.
53 Vgl. vorn aa).

keine entsprechenden Aenderungen der als Salär anerkannten Bezüge geschäftsführender Gesellschafter zur Folge haben. Deren Arbeitspensum ist von den schwankenden Gewinnen in der Regel unabhängig; es kann in einer wirtschaftlich schwierigen Situation für die Unternehmung besonders gross sein, selbst wenn Umsätze und Gewinne sinken. Sind Gehaltsänderungen allein durch die Entwicklung des Geschäftsertrages erklärbar und ist keine Veränderung der Arbeitsleistung nachgewiesen, so bildet dies ein weiteres Indiz für das Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen (54). Ein solcher Verdacht erhärtet sich, wenn stark variierende Gehaltsnachzahlungen, Gratifikationen und dergleichen gewährt werden und vor allem dann, wenn deren Festsetzung erst in Kenntnis des Unternehmungsertrages erfolgt (55).

Es gilt hierbei selbstverständlich stets zu berücksichtigen, dass in der Praxis mit geschäftsführenden Gesellschaftern - wie auch mit gesellschaftsfremden Geschäftsführern - nicht nur feste Gehälter, sondern häufig auch gewinn- oder umsatzabhängige Saläre vereinbart werden.

ee) Vergleich mit den Abrechnungen der AHV-Ausgleichskasse

Die AG hat als Arbeitgeberin auf den Beträgen, welche ihre Aktionäre als Lohn beziehen, die Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten (56). Als Bestandteil des "massgebenden Lohnes" gilt dabei "jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung

54 Vgl. BGr vom 27.9.1946, ASA 15 S. 246 f.

55 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 90 zu § 45; Prym S. 170. Vgl. auch das Beispiel bei Baumgartner S. 14: "Bezieht der Aktionär ein Monatssalär von Fr. 4'000.- netto und lässt er sich am Ende des Geschäftsjahres Fr. 24'000.- als Gratifikation auszahlen, so löst diese Zahlung beim Fiskus - soweit sie im Normalfall ein bis zwei Monatsaläre übersteigt - leicht den Verdacht einer verdeckten Gewinnausschüttung aus. Besser ist die Ausgangslage, wenn im vorliegenden Beispiel an Stelle einer Gratifikation jeden Monat Fr. 6'000.- als Salär bezogen werden."

56 Art. 5 Abs. 1 und Art. 13 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 AHVG.

auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit" (57). Aus den zitierten Vorschriften ist zu schliessen, dass die Bezüge der Unternehmeraktionäre auch von sozialversicherungsrechtlicher Seite bezüglich ihrer Eigenschaft als Lohnbestandteile untersucht werden. Es stellt sich deshalb die Frage, inwiefern der für die AHV/IV/EO-Beiträge massgebliche Lohn für die Steuereinschätzung von Bedeutung sein kann.

Soweit dies in diesem Zusammenhang eine Rolle spielt, darf man davon ausgehen, dass der Begriff des "massgebenden Lohnes" im Sinne des AHVG mit dem im Steuerrecht geltenden Salärbegriff übereinstimmt (58). Dennoch erweisen sich die Bezüge geschäftsführender Aktionäre, welche von der Ausgleichskasse als "massgebender Lohn" qualifiziert worden sind, nicht ohne weiteres als geschäftsmässig begründet im steuerrechtlichen Sinne. Es ist nicht Sache der Ausgleichskasse, die als Lohn veranschlagten Bezüge der Aktionäre auf ihren Unkostencharakter hin zu überprüfen, um allfällige darin enthaltene Gewinnanteile auszuschneiden, wie dies die Steuergesetze vorschreiben. Es liegt auch nicht in ihrem Interesse, gewissen Teilen des Genaltes den Charakter geschäftsmässig begründeten Aufwandes anzusprechen, da diese damit von den Sozialversicherungsabgaben befreit würden. Aus diesen Umständen schliesst das zürcherische Verwaltungsgericht zu Recht, dass der Entscheid der Ausgleichskasse über den "massgebenden Lohn" die Einschätzung der AG in keiner Weise präjudizieren könne (59).

-
- 57 Vgl. die Präzisierung in Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art. 7 AHVV.
- 58 So Herold, StR 32 S. 218. Partielle Abweichungen ergeben sich aus Art. 7 AHVV.
- 59 Urteil vom 25.11.1977, RB 1977 Nr. 53. Nach Herold, StR 32 S. 220 lit. b, hat der Steuerpflichtige einen Anspruch darauf, dass der gegenüber der Ausgleichskasse deklarierte Lohn auch von der Veranlagungsbehörde als geschäftsmässig begründeter Lohn anerkannt wird. Jedenfalls hätten die Veranlagungsbehörden darzutun, weshalb sie einen Teil des mit den Sozialversicherungsabgaben belasteten Lohnes steuerlich aufrechnen.

Der Unternehmeraktionär selbst wird sich vorwiegend auch anhand steuertechnischer Berechnungen entscheiden, ob er seine Bezüge von der AG als Lohn oder als Dividendenausschüttung entgegennehmen wolle. So ist es - zufolge der Besteuerung nach Ertragsintensität - bei mittlerer und hoher Rendite der AG meistens vorteilhafter, den proportionalen Sozialversicherungsbeiträgen hohe Lohnbezüge zugrunde zu legen, als sich mit hohen Gewinnausschüttungen der steuerlichen Doppelbelastung auszusetzen. Umgekehrt kann es bei geringer Rendite der AG günstiger sein, die Bezüge als Gewinnausschüttung statt als Lohn zu deklarieren (60). In solchen Fällen dürfte ein Indiz gegeben sein, das gegen das Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen durch Salärbezüge spricht. In den übrigen Fällen, in denen mit der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge ein Vorteil erlangt werden kann, drängt sich jedoch die Ueberprüfung der Geschäftsmässigkeit des für die AHV deklarierten Lohnes durch die Steuerbehörde auf.

ff) Vergleich mit dem Reingewinn der Einzelfirma bzw. Kollektivgesellschaft

Wird eine Einzelfirma oder eine Kollektivgesellschaft in eine AG umgewandelt, so liegt es auf der Hand, die Angemessenheit der Bezüge des bzw. der Unternehmeraktionäre auch am früheren Reingewinn der Personengesellschaft zu orientieren. Bei dieser Gegenüberstellung ist allerdings zu beachten, dass sich der steuerbare Reingewinn der Personengesellschaft wirtschaftlich aus dem Eigensalär, dem Eigenzins sowie dem Gewinn zusammensetzt. Die Höhe des geschäftsmässig begründeten Salärs des oder der Aktionäre darf deshalb nicht ohne weiteres mit dem früher versteuerten Reingewinn gleichgesetzt

60 Vgl. im einzelnen Herold, StR 32 S. 221 f., mit zahlenmässiger Auswertung der Frage für die Verhältnisse im Kanton ZH.

werden (61). Als Vergleichsgrösse dient allein das frühere Eigensalär, dessen Umfang zunächst sorgfältig berechnet werden muss.

gg) Besonderheiten bei neugegründeten Unternehmungen

Neugegründete Unternehmungen brauchen regelmässig eine Anlaufzeit, während welcher sie mit geringem Gewinn oder sogar mit Verlust arbeiten (62). In dieser Zeit wird man häufig beobachten müssen, dass die Gehälter der geschäftsführenden Aktionäre im krassen Missverhältnis zum erzielten Geschäftserfolg stehen. Gegen eine solche Gehaltspolitik ist dennoch steuerlich nichts einzuwenden, da auch die zum Vergleich heranzuziehenden Besoldungen gesellschaftsfremder Geschäftsführer in der Aufbauphase normalerweise nicht besonders niedrig gehalten werden. Oft erklären sich die Aktionäre überdies bereit, in der Aufbauphase auf eine Dividende zu verzichten, um der Gesellschaft die Auszahlung angemessener Saläre oder die Bildung von Reserven zu ermöglichen (63).

Umgekehrt dürfte es sich vielfach so verhalten, dass die Unternehmeraktionäre ihre Tätigkeit im Betrieb während der Aufbauphase gegen eine offensichtliche Unterbesoldung aufnehmen, um ihr Gehalt nach dem Einsetzen der erhofften Aufwärtsentwicklung zu erhöhen. Auch dies ist steuerlich anzuerkennen. Konsequenterweise muss in einer späteren Periode aber ein gerechter Ausgleich zulässig sein, selbst wenn ein gleicher Verlauf der Besoldung bei gesellschaftsfremden Geschäftsführern selten vorkommt (64).

61 ZH VGr vom 25.11.1977, RB 1977 Nr. 53.

62 Dies ist auch der Grund für eine spezielle Bewertung von Aktien neugegründeter Unternehmungen (vgl. Bewertungsgutachten S. 70 f.; Wegleitung 1977 RZ 65 ff.; vgl. auch hinten § 14).

63 Vgl. Prym S. 171.

64 Gleiche Ueberlegungen wurden in einem Falle angestellt, in dem die Muttergesellschaft ihrer Tochtergesellschaft im Jahre der Geschäftsaufnahme zinslos Kredit gewährte, ./.

c) Ausserbetriebliche Tatsachen

aa) Vergleich mit den Arbeitsentschädigungen in gleichartigen Unternehmungen (Branchenvergleich)

Neben den erwähnten Kriterien stellen die Steuerverwaltungen zur Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen auch auf die in der betreffenden Branche üblichen und steuerlich anerkannten Arbeitsentschädigungen ab (65, 66). Zum Vergleich werden nach Möglichkeit Unternehmungen mit gleicher wirtschaftlicher Bedeutung herangezogen, die in bezug auf Kapitalhöhe, Umsatz, Ertrag und zur Verteilung gelangendem Gewinn mit der zu prüfenden AG übereinstimmen. Die Methode versagt, wenn vergleichbare Betriebe nicht gefunden werden können (67). Unterscheiden sich die einander gegenübergestellten Betriebe bloss durch die Höhe der angeführten Vergleichskriterien, so sind die steuerlich zulässigen Arbeitsentschädigungen entsprechend anzupassen. Dabei lassen sich die Einschätzungsbehörden von folgenden Ueberlegungen leiten:

- Die wirtschaftliche Bedeutung einer Gesellschaft ist u.a. auch von der Höhe des investierten Kapitals abhängig. Je grösser aber die wirtschaftliche Bedeutung, desto schwerwiegender sind auch die von der Unternehmensleitung zu fäl-

-
- 64 Forts. der Zinsausfall in späteren, erfolgreichen Jahren aber nachvergütet werden sollte (vgl. ZH VGr vom 8.8.1961, RB 1961 Nr. 50 = ZBl 62 S. 535 f. = ZR 61 Nr. 32). Vgl. auch vorn § 4 IV. A. 1. b).
 - 65 Reimann/Zuppinger/Schärer N 90 zu § 45; Baumgartner S. 14; Pestalozzi S. 72; SO KRK vom 7.1.1974, GrE 1974 Nr. 16; BGr vom 18.11.1955, ASA 24 S. 330 f.; ZH ORK vom 19.5. 1941, RB 1941 Nr. 20.
 - 66 Herold, StR 34 S. 306, macht auf eine Gefahr aufmerksam, die mit dem Branchenvergleich verbunden ist. Sie liegt in der Verletzung des Steuergeheimnisses. So werden zwar die zum Vergleich herangezogenen Zahlen der Konkurrenzunternehmen ohne Namensnennung verwendet; dennoch seien die Verhältnisse oft so eng, dass ein Verrat nicht ausgeschlossen werden könne.
 - 67 Vgl. BGr vom 13.10.1961, ASA 30 S. 478 ff.

lenden Entscheidungen und desto höher ist die damit verbundene Verantwortung, was bei der Beurteilung des geschäftsmässig begründeten Salärs berücksichtigt werden muss (68).

- Aufschlussreicher als die Höhe des Kapitals allein ist dessen Verhältnis zum erzielten Reingewinn, die Rendite, anhand welcher sich der Ertragswert der Gesellschaft beurteilen lässt. Auch das Verhältnis zwischen Umsatz und Reingewinn dient als Vergleichsmassstab. Ferner wird das Salär in Beziehung zum Umsatz (69) und zum Reingewinn gesetzt. Dies kommt in einem instruktiven Urteil des zürcherischen Verwaltungsgerichtes (70) zum Ausdruck, wo der Pflichtige, eine im Gipsereigewerbe tätige Einmann-AG, mit einer weiteren Einmann-AG sowie zwei Zweimannaktiengesellschaften aus der gleichen Branche verglichen wurde. Das Gericht stellte dabei zunächst fest, dass die Pflichtige im Vergleich mit den andern Betrieben den geringsten Umsatz aufwies und dennoch mit Abstand das höchste Salär an ihren Aktionär ausrichtete. Darin lag ein Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung. Im Folgenden hielt das Gericht dem Unternehmeraktionär aber zugute, dass er trotz der höchsten Besoldung im Verhältnis zum Umsatz den höchsten Reingewinn der verglichenen Betriebe erwirtschaftet hatte. Aus dieser Tatsache schloss es auf einen "aussergewöhnlichen persönlichen Einsatz" des alleinigen Geschäftsleiters (71) und anerkannte demgemäss bei der Pflichtigen auch ein höheres Salär als die Vergleichsbetriebe ausrichteten. Der Steuerkommissär beantragte in der Beschwerde, anstelle des Reinge-

68 ZH VGr vom 17.11.1966, SB 28/1966, unveröff.; vgl. auch vorn b) aa).

69 Vgl. ZH VGr vom 28.5.1965, RB 1965 Nr. 47; ferner BGr vom 11.12.1974, NST 30 S. 173 ff., betr. Honorar für Liegenschaftenverwaltung einer Immobilien-AG.

70 Vom 30.8.1978, publiziert in StR 34 S. 302 ff.

71 Vgl. vorn b) aa).

winnes den sogenannten "Cash-flow" (72) als Vergleichsmittel für die Ertragskraft der Gesellschaften zu berücksichtigen. Das Verwaltungsgericht lehnte es indessen ab, diese Grösse in die Erwägungen einzubeziehen.

- Im Rahmen der Beurteilung des angemessenen Salärs im Verhältnis zum Umsatz und Reingewinn ist es stets von ausschlaggebender Bedeutung, wieviele Aktionäre bzw. Nichtgesellschaftler sich in die Geschäftsleitung teilen, da auch die Aufteilung der geschäftsleitenden Tätigkeit einen Massstab für die Leistung der damit betrauten Personen bildet (73).

bb) Teuerung

Schliesslich bildet auch die Teuerung einen geeigneten Massstab, um die Angemessenheit von Salärerhöhungen zu prüfen. Sie ist daher stets gebührend zu berücksichtigen (74).

III. Darlehensverhältnisse

A. Einführung

Im Zusammenhang mit Darlehensverhältnissen bieten sich dem massgebend beteiligten Gesellschafter verschiedene Möglichkeiten, die Gesellschaft wirtschaftlich zu benachteiligen. Ent-

72 Zu deutsch "Geldfluss" oder "Kapitalfluss aus Betriebs-tätigkeit". "Darunter versteht man in vereinfachter Form den Reingewinn plus Abschreibungen samt weiteren nicht baren Aufwendungen, wie z.B. die Bildung langfristiger Rückstellungen, also denjenigen Teil der Erlöse einer Unternehmung, der nach Begleichung aller baren Aufwendungen verbleibt, um Neuinvestitionen zu finanzieren, die Schulden zu tilgen und die Dividende auszahlen zu können" (Blumer/Graf S. 134).

73 ZH VGr vom 30.8.1978, StR 34 S. 304 f.; Baumgartner S. 13.

74 Vgl. Baumgartner S. 14; dies wird auch in ZH VGr vom 30.8. 1978, StR 34 S. 304 f. Erw. 2d, nicht in Abrede gestellt.

sprechend zahlreich sind die in Betracht fallenden Formen verdeckter Gewinnausschüttungen. Um diese systematisch zu erfassen, ist zunächst zwischen Darlehen der Gesellschaft an einen Gesellschafter und solchen, bei denen die Gesellschaft als Borgerin auftritt, zu unterscheiden. Unter Umständen muss das fragliche Darlehensverhältnis alsdann daraufhin geprüft werden, ob ein "unechtes" Darlehen bzw. "verdecktes Eigenkapital" vorliege. Andernfalls stellt sich die Frage nach der Höhe des steuerlich zulässigen Zinses. Diese Frage nach dem angemessenen Zinssatz stellt sich nicht nur bei eigentlichen Darlehensverhältnissen, sondern ebenso bei Vorschüssen und Kontokorrent-Krediten.

Die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung hängt wiederum entscheidend davon ab, ob die Konditionen des fraglichen Darlehens geschäftsmässig bedingt seien und das Darlehen daher zu den gleichen Bedingungen auch einem Dritten gewährt bzw. von ihm entgegengenommen worden wäre. Liegen genügend Anhaltspunkte vor, aufgrund welcher die Frage zu verneinen ist, wird der betreffenden Darlehensvereinbarung die steuerliche Anerkennung versagt. Das Bundesgericht (75) sah beispielsweise allein in der Tatsache, dass eine AG aus geborgtem Geld, das sie selbst zu mehr als 4% zu verzinsen hatte, ein unverzinsliches Darlehen gewährte, zu Recht einen hinreichenden Beweis für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung im Umfange des nicht geforderten Zinses.

B. Darlehen der Aktiengesellschaft an Gesellschafter

1. Unechte Darlehen

Gemäss Legaldefinition (76) verpflichtet sich der Borger, das

75 Vom 8.12.1961, ASA 31 S. 154 ff.

76 Art. 312 OR.

Darlehen zurückzuerstatten. Rechnen beide Parteien ernsthaft mit der Rückerstattung der gleichen Summe, liegt nach der hier verwendeten Terminologie ein "echtes Darlehen" vor. Fehlt dagegen dieser Rückforderungs- bzw. Rückzahlungswille von Anfang an oder muss nach den Umständen zumindest mit der Uneinbringlichkeit der Forderung gerechnet werden, so spricht man von einem "unechten" Darlehen. Ein auf solche Weise bewirkter Verlust der Darlehensforderung hat eine Entreicherung der Gesellschaft zur Folge, welche als verdeckte Gewinnausschüttung zu erfassen ist (77). Die blossе Ausrichtung des Darlehens wirkt sich allerdings auf die Erfolgsrechnung der Gesellschaft nicht aus. Die verdeckte Gewinnausschüttung kommt gegebenenfalls erst durch die Abschreibung der unechten Darlehensforderung in der Gewinn- und Verlustrechnung zum Ausdruck. Nach der herrschenden Praxis kann die Aufrechnung erst in diesem Zeitpunkt und nur in diesem Masse erfolgen (78).

Ein unechtes Darlehen ist anzunehmen, wenn ein von Anbeginn an gefährdeter Kredit ohne angemessene Sicherstellung gewährt wird. Der fehlende Rückforderungswille kann sich etwa aus der Tatsache ergeben, dass die Gesellschaft das Darlehen trotz undurchsichtiger Verhältnisse des Borgers ohne genügende Sicherstellung hingibt (79) oder andere Umstände vorliegen, die auf eine geschäftsmässig nicht zu verantwortende Kreditierung hinweisen (80). Gleich verhält es sich, wenn der Darlehensnehmer keine ernstgemeinte Rückzahlungsverpflichtung übernimmt (81) oder aber wenn trotz bekannter Devisen-

77 Vgl. Baumgartner S. 10; ferner vorn § 4 IV. 1. c).

78 BGr vom 7.10.1966, ASA 36 S. 275, wo angenommen wird, auch der Aktionär werde erst in diesem Zeitpunkt begünstigt; vgl. aber hinten § 7 I. A. 2. a).

79 BGr vom 7.10.1966, ASA 36 S. 277 f. Erw. 2; vgl. auch BGr vom 18.11.1949, ASA 19 S. 349 ff.; ZH ORK vom 15.9.1948, RB 1948 Nr. 31 = ZR 47 Nr. 131.

80 So allgemein ZH ORK vom 2.2.1944, RB 1944 Nr. 34.

81 Prym S. 139.

sperre Darlehen ins Ausland gewährt werden (82). Verzichtet die Gesellschaft auf die Geltendmachung des Rückforderungsanspruches, obwohl die Darlehensforderung einbringlich wäre, so spricht dies ebenfalls für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung (83). Entsprechend ist schliesslich der Sachverhalt zu beurteilen, wenn die AG bei einer Gefährdung des Darlehens durch die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Borgers nichts unternimmt, um die gefährdete Forderung zu retten, sondern sie beim späteren tatsächlichen Ausfall einfach abschreibt (84). Der Verlust einer Darlehensforderung muss steuerlich nur anerkannt werden, wenn er durch einen von der Gesellschaft unabhängigen Vorgang bewirkt wurde und nicht voraussehbar war (85). Durch die buchmässige Höherbewertung eines Aktivums kann der Verlust eines Darlehens steuerlich nicht aufgewogen werden (86).

Um Verdachtsmomente auszuschliessen, empfiehlt es sich bei Darlehensverhältnissen zwischen AG und Aktionär, eindeutige Abreden über Kündigung, Tilgung und Zeitpunkt der Rückzahlung zu treffen. Dennoch darf bei Fehlen derartiger Vereinbarungen nicht ohne weiteres auf von Anfang an fehlenden Rückforderungswillen der AG bzw. Rückzahlungswillen des Aktionärs geschlossen werden (87), da in solchen Fällen die gesetzliche Ordnung (88) zum Zuge kommt.

2. Steuerlich zulässige Zinssätze

Die Frage nach dem steuerlich zulässigen Zinssatz stellt sich

-
- 82 BGr vom 18.11. 1949, ASA 19 S. 349 ff.; ZH ORK vom 20.11. 1939, RB 1939 Nr. 34.
- 83 BGr vom 7.10.1966, ASA 36 S. 278 f. Erw. 3; vom 28.4.1961, ASA 30 S. 191 ff. Erw. 2; EStV vom 19.6.1942, ASA 11 S. 208 ff.
- 84 Prym S. 139.
- 85 Pestalozzi S. 87.
- 86 BGr vom 28.4.1961, ASA 30 S. 193 ff. Erw. 3; Pestalozzi S. 89.
- 87 Andere Auffassungen bei Prym S. 139 f. und Pestalozzi S. 88.
- 88 Art 318 OR betr. Zeit der Rückzahlung.

sowohl bei echten als auch bei unechten Darlehen - bei diesen bis zu ihrer Abschreibung wegen Verlustes. Verdeckte Gewinnausschüttungen ergeben sich aus der Differenz zwischen dem geschäftsmässig bedingten und dem vom Aktionär tatsächlich entrichteten, zu niedrigen Darlehenszins (89). Es handelt sich dabei begrifflich um Gewinnvorwegnahmen (90).

Die Höhe der steuerlich zulässigen Vergütungen für die Darlehensgewährung richtet sich in erster Linie nach den auf dem Kapitalmarkt üblichen Zinssätzen, wobei Art und tatsächliche Dauer der Kapitalbeanspruchung von ausschlaggebender Bedeutung sind. Ausserdem hat der Gläubiger Anspruch auf eine angemessene Risikoprämie, d.h. eine Vergütung für den Fall des Kapitalverlustes. Auch die Sicherheiten sind deshalb bei der Beurteilung des geschäftsmässig bedingten Zinssatzes zu berücksichtigen (91).

Einige Beispiele aus der früheren Rechtsprechung zeigen, wie unterschiedlich der massgebliche Minimalzinssatz in den einzelnen Fällen festgesetzt wurde (92).

Seit dem Jahre 1971 erschienen in unregelmässigen Abständen mehrere "Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung betreffend Zinssätze für die Berechnung der geldwerten Leistungen". Die darin aufgeführten Zinssätze entsprechen den bei der Verrechnungssteuer geltenden Minimalansätzen. Sie werden auf diesem Wege für die Beurteilung verdeckter Gewinnausschüttungen von Kapitalgesellschaften bei der Wehrsteuer empfohlen (93). Die kantonalen Steuerverwaltungen wenden die

89 Masshardt N 26g zu Art. 49; Känzig, Wehrsteuer N 58 zu Art. 49; Reimann/Zuppinger/Schärner N 104 zu § 45; Bosshardt S. 204; Weidmann S. 138; Baumgartner S. 10 f.; Pestalozzi S. 83.

90 Vgl. vorn § 4 II. B.

91 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärner N 93 zu § 45; Pestalozzi S. 83; ferner BGr vom 17.9.1976, ASA 45 S. 597 f. Erw. 2.

92 BGr vom 8.12.1950, ASA 19 S. 403: 4%; GE RK vom 2.4.1957, ASA 26 S. 137: 5%; SO KRK vom 21.10.1966, B 1966 Nr. 15: 3½

93 Kreisschreiben vom 6.8.1971, ASA 40 S. 195 f.; vom 16.12.1974, ASA 43 S. 314 f.; vom 31.8.1976, ASA 45 S. 103 f.; vom 27.1.1978, ASA 46 S. 433 f.; vom 15.5.1979, ASA 47 S. 621 f.

Ansätze auch bei der Veranlagung für die Staatssteuer an (94).

Die Zinssätze der Kreisschreiben werden entsprechend der Entwicklung auf dem Kapitalmarkt geändert. So sieht die seit 1. Januar 1979 geltende Regelung (95) für Darlehen der Gesellschaft an ihre Aktionäre einen Minimalzinssatz von 3 ½ % vor. Hat die Gesellschaft jedoch bereits Fremdkapital zu verzinsen, so muss angenommen werden, die Darlehen an ihre Gesellschafter seien daraus finanziert. In diesem Falle berechnet sich daher der zulässige Minimalzinssatz nach dem für das Fremdkapital bezahlten Zins zuzüglich ¼ % bis ½ %. Die Verzinsung hat aber wiederum zu mindestens 3 ½ % zu erfolgen.

Die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung ausgearbeiteten Kreisschreiben dienen - wie die Wegleitungen - als Richtlinien für die Steuereinschätzung. Sie entbinden die Steuerbehörden indessen nicht von der Verpflichtung, den speziellen Umständen des Einzelfalles jeweils Rechnung zu tragen. Liegen ausserordentliche Verhältnisse vor, welche einer schematischen Behandlung entgegenstehen, ist eine Abweichung von den allgemeinen Richtlinien angezeigt (96).

C. Darlehen von Gesellschaftern an die Aktiengesellschaft

1. Verdecktes Eigenkapital

Die Verzinsung von Gesellschafterdarlehen an die AG ist steuerlich nur insoweit zulässig, als die Gesellschaft die frag-

94 Vgl. z.B. Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich N 93 zu § 45 (ZStB II Nr. 57/52, 53 und 54).

95 Kreisschreiben vom 15.5.1979, ASA 47 S. 621 f.; die vorher angewendeten Zinssätze sind den vorangehenden Kreisschreiben zu entnehmen (siehe vorstehend Anm. 93).

96 Vgl. SZ VGr vom 17.6.1977, EGV 1977 S. 33 ff. = StR 33 S. 447; ferner BGr vom 23.9.1949, ASA 18 S. 269 ff. Zur Bedeutung von Kreisschreiben im allgemeinen hinten § 15.

lichen Darlehen tatsächlich benötigt und auch in ihrem Betrieb verwendet hat und ihre finanziellen Verhältnisse die Aufnahme von Krediten überhaupt gebieten. Steht dagegen das Fremdkapital der AG in einem unangemessenen Verhältnis zu deren Eigenkapital, wird für die Besteuerung ein Teil des Fremdkapitals als verdecktes Eigenkapital angesehen (97). Indizien für das Vorliegen verdeckten Eigenkapitals können etwa darin gesehen werden, dass die betreffenden Darlehen vom Gesellschafter nicht kündbar sind oder die jährliche Verzinsung nicht von Anfang an festgelegt wird, sondern variabel ist und jeweils von der Generalversammlung bestimmt wird (98).

2. Steuerlich zulässige Zinssätze

Bei den steuerlich als solche anerkannten Darlehen stellt sich die Frage nach der zulässigen Verzinsung. Verdeckte Gewinnausschüttungen liegen vor, wenn die dem Gesellschafter bezahlten Darlehenszinsen den geschäftsmässig begründeten Zinssatz überschreiten (99).

Zunächst sind zwei Entscheide aus der Rechtsprechung anzuführen, denen allgemeine Bedeutung zukommt. So wurden nachträgliche Zinszahlungen einer AG an ihre Aktionäre auf Darlehen, die diese der Gesellschaft ursprünglich unter Verzicht auf eine Verzinsung gewährt hatten, steuerlich nicht zugelassen. Es ist offensichtlich mit geschäftsmässigem Gebahren nicht vereinbar, wenn eine Gesellschaft ohne rechtliche Verpflichtung Vergütungen an ihre Aktionäre ausrichtet (100). Ein anderes Urteil weist auf die Möglichkeit einer

97 Näheres über die Voraussetzungen dazu hinten § 12 III.

98 Pestalozzi S. 91.

99 Masshardt N 26g zu Art. 49; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 93 zu § 45; Känzig, Wehrsteuer N 55 zu Art. 49; Weidmann S. 138; Baumgartner S. 11.

100 AG RK vom 20.12.1965, AGVE 1965 S. 151 ff.

verdeckten Gewinnausschüttung hin, die dadurch bewirkt wird, dass eine Gesellschaft den ihr nahestehenden Gläubigern gegenüber auf die Rückzahlung eines hochverzinslichen Darlehens oder auf eine vertraglich mögliche und geschäftlich gebotene Herabsetzung des Zinsfusses verzichtet (101).

Für die Beurteilung der Angemessenheit des Zinssatzes sind die gleichen Kriterien wie bei Darlehen der AG an den Aktionär massgebend (102). Der von der Eidgenössischen Steuerverwaltung festgesetzte (103) und von den Einschätzungsbehörden anerkannte Zinssatz für Betriebskredite der Aktionäre beläuft sich seit 1. Januar 1979 auf 5 ½ % (104). Handelt es sich um Liegenschaftskredite, die die Gesellschaft durch eine Hypothek im ersten Rang (mindestens 60 % des Steuerwertes der Liegenschaft) sicherstellt, so ist die Verzinsung bloss zu 4 ½ % zulässig. Soweit indessen eine Sicherstellung durch ein erstrangiges Grundpfand nicht möglich ist, gilt auch hier ein Zinssatz von 5 ½ % als angemessen (105).

Eine Ueberprüfung der Praxis ergibt, dass auch diese Richtlinien in keinem Falle schablonenhaft zur Anwendung gelangen, sondern stets der individuellen Prüfung des Einzelfalles der Vorrang eingeräumt wird (106). Demnach sind höhere Zinssätze steuerlich anzuerkennen, wenn der pflichtigen Gesellschaft zum Beispiel der Nachweis gelingt, dass sie das betreffende

101 ZH ORK vom 30.1.1948, RB 1948 Nr. 29 = ZBl 50 S. 389 ff. = ZR 47 Nr. 20: Im konkreten Falle wurde allerdings das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung verneint, da die betreffenden hochverzinslichen Darlehen ursprünglich unter hohem Risiko zu Sanierungszwecken gewährt worden waren und daneben auch noch unverzinsliche Darlehen der nämlichen Gesellschafter bestanden. Vgl. dazu Egli S. 85; ferner vorn § 4 IV. A. 1. b).

102 Vgl. vorstehend B. 2.

103 Kreisschreiben vom 15.5.1979, ASA 47 S. 621 f.

104 Zu beachten ist die Sonderregelung für Holding- und Vermögensverwaltungsgesellschaften. Die vorher angewendeten Zinssätze sind den vorangehenden Kreisschreiben (vorn Anm. 93) zu entnehmen.

105 Vgl. Baumgartner S. 11. Vgl. dazu ferner Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 4.53.

106 Vgl. vorn B. 2.

Darlehen bei einer Bank nicht zu den üblichen Zinssätzen erhalten hätte (107).

3. Darlehen mit Gewinnbeteiligung

In der Praxis sind häufig Darlehen anzutreffen, bei denen als Entgelt anstelle oder neben einer festen Zinsvergütung ein Anteil am Reingewinn vereinbart wird. Derartige Abmachungen dienen meist dem Ausgleich eines besonders hohen Risikos, das mangels Sicherheiten mit der Kreditgewährung verbunden ist. Unabhängig von der Bezeichnung rechtfertigt es sich unter solchen Umständen, einen Teil der Gewinnbeteiligung bei der Gesellschaft steuerlich als Unkostenposten zu betrachten (108). Es gilt festzustellen, welche Vergütung einem gesellschaftsfremden Kreditgeber für das Darlehen hätte entrichtet werden müssen. Dabei sind grundsätzlich die gleichen Massstäbe anzuwenden, die für die Festlegung der angemessenen Zinsvergütung bei Darlehen ohne Gewinnbeteiligung Geltung haben (109). Im so ermittelten Umfang sind die Gewinnanteile für die Besteuerung als Unkosten in Abzug zu bringen. Die übersteigenden Beträge bilden Teil des Reinertrages (110).

Unter Umständen liegt in der Gewährung eines gewinnabhängigen Darlehens ein Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Kapitaleinlage (111).

107 Vgl. die Ausführungen in BGr vom 17.9.1976, ASA 45 S. 495 ff.

108 Vgl. Pestalozzi S. 82.

109 Vgl. vorstehend 2.

110 BGr vom 21.3.1944, ASA 13 S. 366; ferner vom 18.5.1945, ASA 14 S. 81 ff.

111 So in BGr vom 24.2.1950, ASA 19 S. 88 ff. Näheres dazu hinten § 12.

IV. Veräusserungsverträge

A. Kaufgeschäfte

Bei Kaufgeschäften ergeben sich verdeckte Gewinnausschüttungen, wenn die AG ihren Gesellschaftern Wirtschaftsgüter zu unteretzten Preisen veräussert oder aber solche Werte zu übersetzten Preisen von ihren Gesellschaftern erwirbt. Die Gewinnausschüttung besteht dabei in der Differenz zwischen dem tatsächlich vereinbarten Kaufpreis und demjenigen, welcher im Geschäft mit einem unabhängigen Dritten hätte erzielt werden können. Als Richtlinie gilt demnach in der Regel der Markt- oder Verkehrswert des übertragenen Gutes (112). Fehlt eine solche Vergleichsbasis, kann allenfalls der Wiederverkaufspreis des Warenempfängers Anhaltspunkte für den wahren Wert der Sache liefern (113). Beim Kauf von Aktien ohne Markt- oder Börsenpreis ist auf den "inneren" Wert der Anteile abzustellen (114). Der Verkehrswert eines im Betrieb stehenden und zur Weiterführung bestimmten Unternehmens entspricht dem Fortführungswert des Unternehmens mit Einschluss des Goodwill (115).

Wie Widmer (116) zutreffend festhält, rechtfertigen bisweilen auch geschäftsmässige Gründe eine Abweichung vom Verkehrswert. So erscheint eine Abweichung beispielsweise zweckmässig, um durch einen Reklamepreis neue Kunden zu gewinnen, um damit

112 Reimann/Zuppinger/Schärer N 100 f. zu § 45; Känzig, Wehrsteuer N 56 und EB 1972 N 57 zu Art. 49; Masshardt N 26c zu Art. 49; Grüniger/Studer S. 463; Weidmann S. 138; Prym S. 134; Widmer, ASA 20 S. 129; Baumgartner S. 7.

113 Vgl. die Begründung des BGr im Urteil vom 29.3.1956, ASA 25 S. 191.

114 Zur Berechnung hinten § 14.

115 BGr vom 28.12.1960, ASA 29 S. 521 ff.: Der Liquidationswert der einzelnen Aktiven ist dagegen nicht massgebend.

116 ASA 20 S. 129 f.

lediglich die Konkurrenz zu unterbieten oder bei der Liquidation eines Warenlagers. Unter solchen Umständen gilt der mit gesellschaftsfremden Kunden vereinbarte Preis als Richtlinie für die Bemessung verdeckter Gewinnausschüttungen.

Auf der andern Seite wird die Geschäftsleitung vielfach danach trachten, bei der Uebertragung von Aktivwerten stille Reserven zu verbergen. Dieser Sachverhalt kann bei der Veräusserung von Liegenschaften (117) oder Wertpapieren (118) an die Aktionäre oder ihnen nahestehende Personen zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis gegeben sein. Die unentgeltliche Vorteilszuwendung im Umfange des Unterschiedsbetrages zwischen dem Verkehrswert und dem tatsächlichen Kaufpreis erfolgt bei der Uebertragung des Vermögensgegenstandes und wirkt sich unmittelbar auf die Höhe des Reinertrages aus, da sie der Erfolgsrechnung nicht gutgeschrieben wird. Die Gewinnvorwegnahme ist daher auch in diesem Zeitpunkt steuerlich zu erfassen (119). Buchmässig tritt an sich keine Entreicherung der Gesellschaft ein, solange die Veräusserung nicht zu einem unter dem Buchwert liegenden Preis erfolgt.

Erwirbt die AG umgekehrt Güter von nahestehenden Personen zu

-
- 117 Vgl. z.B. BGr vom 8.5.1964, ASA 33 S. 159 ff.; vom 29.3.1956, ASA 25 S. 189 ff.; ferner vom 29.5.1953, ASA 22 S. 188 ff.; BE VGr vom 27.1.1964, MBVR 1966 Nr. 25; vom 26.10.1953, MBVR 1954 Nr. 87.
- 118 Vgl. z.B. BGr vom 19.6.1970, ASA 39 S. 447 ff.; vom 15.7.1955, ASA 24 S. 378 ff.; ferner AG RK vom 27.2.1974, AGVE 1974 S. 477 ff. Verzichtet eine AG zugunsten ihrer Aktionäre auf die ihr gegenüber einer andern Gesellschaft zustehenden Rechte auf Bezug neuer Aktien (Art. 652 OR), ist im Betrag, um welchen der Wert der neuen Titel nach Durchführung der Kapitalerhöhung den für die Liberierung aufzuwendenden Preis übersteigt, ebenfalls eine verdeckte Gewinnausschüttung zu erblicken (BGr vom 8.9.1962, ASA 33 S. 209 ff.; vgl. hierzu auch BS VGr vom 19.6./2.7.1964, ZBl 66 S. 97).
- 119 Vgl. zur Begründung Känzig, Wehrsteuer N 57 zu Art. 49; BGr vom 29.5.1953, ASA 22 S. 188 ff.; BE VGr vom 26.10.1953, MBVR 1954 Nr. 87; vgl. hierzu auch Reimann/Zuppinger/Schärer N 85 zu § 45; ferner vorn § 4 IV. A. 1. c).

einem Ueberpreis - wie beim Kauf einer wertlosen Beteiligung zum Nennwert (120) oder bei der Uebernahme eines Darlehens, bei dem es sich um einen Nonvaleur handelt (121) - und aktiviert diese in der Bilanz zum vollen Erwerbspreis, so tritt trotz vollzogener Vorteilszuwendung zunächst keine Minderung des Reinertrages ein. Die Anschaffung stellt insofern lediglich eine Vermögensumschichtung dar, die den laufenden Erfolg der Gesellschaft nicht beeinflusst. Die mit dem Geschäft verbundene Benachteiligung der Gesellschaft kommt buchmässig erst dann zum Ausdruck, wenn der überhöhte Wertanteil auf den effektiven Wert zulasten der Erfolgsrechnung abgeschrieben wird. Mit der Erfassung solcher Abschreibungen als verdeckte Gewinnausschüttungen wird dem übersetzten Preis die Anerkennung als betrieblich bedingte Ausgabe versagt (122).

B. Tauschgeschäfte

Die vorstehend für den Kauf entwickelten Grundsätze sind unverändert auch für die Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen beim Tausch anwendbar. Im Unterschied zum Kaufgeschäft,

-
- 120 Vgl. BGr vom 15.3.1963, ASA 32 S. 323 ff.; analog BGr vom 12.5.1961, ASA 31 S. 87 ff.; ZH ORK vom 18.4.1943, RB 1944 Nr. 45 = ZBl 45 S. 234 ff. = ZR 43 Nr. 45. Zu den Problemen, welche sich beim Erwerb eigener Aktien durch die AG ergeben, siehe im einzelnen Aellig, SAG 20 S. 161 ff. und SAG 21 S. 68 ff., sowie Borkowsky, SAG 21 S. 23 ff.
- 121 Vgl. BS VGr vom 30.1.1968, BJM 1968 S. 97 ff.
- 122 Vgl. Masshardt N 26c zu Art. 49; Känzig, Wehrsteuer N 56 zu Art. 49; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 86 zu § 45; Pestalozzi S. 80 f.; BGr vom 15.6.1963, ASA 32 S. 323 ff.; vom 21.2.1950, ASA 19 S. 336 ff.; BGE 74 I 61 ff. = ASA 16 S. 488 ff.; ZH ORK vom 28.8.1952, RB 1952 Nr. 29 = ZBl 54 S. 28 ff.; vom 31.8.1948, RB 1948 Nr. 42; vom 18.4.1943, RB 1944 Nr. 45 = ZBl 45 S. 234 ff. = ZR 43 Nr. 45; vgl. hierzu auch die analoge Praxis bei "unechten" Darlehen vorn III. B. 1. Zur Kritik an dieser Praxis hinten § 7 I. A. 2. a).

wo der Käufer eine Geldleistung erbringt, erfolgen hier die Leistungen beider Vertragsparteien in Sachwerten (123), so dass auch beide Leistungen bezüglich ihres Verkehrswertes untersucht werden müssen (124).

V. Miet- und Pachtzinse

Das Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen im Zusammenhang mit Miet- und Pachtverhältnissen beurteilt sich grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten, wie sie bei der (echten) Darlehensgewährung (125) massgebend sind. Miet- und Pachtzinse enthalten demnach ungerechtfertigte Vorteilszuwendungen, wenn der Aktionär seiner AG das Miet- oder Pachtobjekt zu einem übersetzten Entgelt überlässt oder die Gesellschaft dem Aktionär für die Nutzungsüberlassung der Sache eine zu niedere Vergütung belastet (126).

Um den für die Besteuerung massgeblichen Zins für eine Miet- bzw. Pachtsache zu ermitteln, ist zunächst deren marktüblicher Preis heranzuziehen, der Preis also, der unter gleichen Umständen bei einer Fremdvermietung erzielt würde (127). Kann ein solcher Marktpreis nicht festgestellt werden, soll sich der Mietzins aus einer "angemessenen Verzinsung des im Mietobjekt investierten Eigenkapitals" sowie einer "Ver-
gütung für die durch den Gebrauch verursachte Entwertung des Objektes" zusammensetzen (128). Hat sich der Wert der Mietsache seit deren Anschaffung geändert, so ist für die Berechnung des angemessenen Mietzinses selbstverständlich anstelle

123 Art. 237 OR.

124 Vgl. Prym S. 137.

125 Vgl. vorn III.

126 Vgl. Masshardt N 26b zu Art. 49; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 96 und 105 zu § 45; Känzig, Wehrsteuer N 55 zu Art. 49.

127 Vgl. Prym S. 145 f.; BGr vom 13.6.1947, ASA 16 S. 166 ff.; vom 21.9.1945, ASA 14 S. 244 ff.

128 Baumgartner S. 9.

des investierten Kapitals der aktuelle Verkehrswert massgebend (129), welcher vom Buchwert verschieden sein kann (130). Nach Vollzug der Amortisation eines Maschinenparkes wurden dafür entrichtete Pachtzinse in der Praxis richtigerweise vollständig als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt (131).

Im praktisch häufigen Falle, da die AG auf angemessene Einnahmen verzichtet, indem sie nahestehenden Personen eine Liegenschaft für ein untersetztes Entgelt vermietet, hat die erwähnte Methode zur Mietwertberechnung indessen keine Anwendung gefunden. Die Berücksichtigung der spezifischen Verhältnisse der Einzelfälle führte zu ganz verschiedenen interessanten Berechnungen des für die Besteuerung massgebenden Mietzinses. So nimmt das Bundesgericht in seinem Urteil vom 18.9.1959 (132) mit Recht eine verdeckte Gewinnausschüttung an, wenn eine Immobilien-AG als Entgelt für die Miete ihrer Wohnungen von ihren Aktionären nicht den üblichen Mietzins, sondern bloss die laufend anfallenden Aufwendungen beansprucht. Umfangmässig setzten die Einschätzungsbehörden die Gewinnvorwegnahme dem Betrage gleich, den die Aktionärsmieter im Hinblick auf grössere Reparaturen an der Liegenschaft jährlich hätten erbringen müssen. Diese Berechnungsweise erscheint angesichts der besonderen Stellung der Aktionärsmieter im betreffenden Falle gerechtfertigt, hat aber keine allgemeine Bedeutung.

Nach einer spätern Entscheidung des Bundesgerichtes (133) soll der Mietzins für ein luxuriöses Einfamilienhaus, das eine Immobilien-AG ihrem Aktionär zur Verfügung stellt, in

129 Vgl. Baumgartner, S. 9 f., unter Hinweis auf BGr vom 10.4.1963, ASA 32 S. 507 ff.

130 Vgl. Prym S. 146.

131 Vgl. BGr vom 13.6.1947, ASA 16 S. 166 ff., bes. S. 174 f.

132 BGE 85 I 253 ff. = ASA 28 S. 395 ff. Vgl. dazu auch Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 4.

133 Vom 16.2.1961, ASA 30 S. 473 ff.

der Höhe mindestens einer fünfprozentigen Verzinsung des in der Liegenschaft investierten Kapitals entsprechen. Die verdeckte Gewinnausschüttung ergibt sich daher aus dem Unterschied zwischen dem Betrag des Kapitalzinses und dem tatsächlich geforderten Mietzins, der in unserm Beispiel nicht einmal zur Deckung der laufenden Unkosten ausreichte. Zum gleichen Ergebnis kommt auch das zürcherische Verwaltungsgericht (134) in einem ähnlich gelagerten Falle: Die betreffende AG erstellte ein luxuriöses Mehrfamilienhaus, das, abgesehen von den für Geschäftszwecke vorgesehenen Räumen, in erster Linie auf die Bedürfnisse ihrer Aktionäre zugeschnitten war. Da unter diesen Umständen eine Vermietung der Liegenschaft an gesellschaftsfremde Personen von Anfang an nicht in Betracht kam und ein kostendeckender Mietzins auch nicht erzielt werden könnte, geht das Gericht in seiner Begründung von der Annahme aus, der Sachverhalt sei gleich zu behandeln, wie wenn die Gesellschaft den ihr nahestehenden Mietern Darlehen in der Höhe des in der Liegenschaft investierten Kapitals zur Verfügung gestellt hätte. Für die Ermittlung der verdeckten Gewinnausschüttung wird die Höhe des Kapitalzinses entsprechend der Praxis bei Darlehensgewährung (135) für das Jahr 1970 auf 5 % festgesetzt. Betrachtet man diese beiden Entscheidungen, so muss man sich stets vor Augen halten, dass bei Vermietung der Liegenschaften an Dritte unter normalen Geschäftsbedingungen ein Mietzins verlangt würde, der neben einer fünfprozentigen Nettorendite auf dem investierten Eigenkapital einen zusätzlichen Betrag zur Abdeckung der Unterhaltskosten und des Abschreibungsbedarfs enthielte.

134 Vom 24.11.1977, RB 1977 Nr. 54 = ZBl 79 S. 264.

135 Vgl. dazu vorn III. B. 2., bes. Kreisschreiben der EStV betreffend Zinssätze für die Berechnung der geldwerten Leistungen, ASA 40 S. 195 f.

In seinem Entscheid vom 26.3.1976 (136) wendet das Bundesgericht auffallenderweise einen abweichenden Massstab an, indem es zur Berechnung der Gewinnvorwegnahme den massgeblichen Mietzins für eine Villa, die als einzige Liegenschaft einer Immobilien-AG dem Hauptaktionär oder ihm nahestehenden Personen vermietet wird, so festlegt, dass eine sechsprozentige Rendite des Aktienkapitals resultiert. Das Gericht begründet sein Vorgehen mit dem Hinweis darauf, dass das Ziel einer AG normalerweise darin bestehe, ihren Aktionären Dividenden auszuschütten. In den im vorstehenden Abschnitt erwähnten Urteilen bildete dagegen das gesamte investierte Kapital Ausgangspunkt für die Berechnung des angemessenen Mietzinses.

Betreibt der Mieter oder Pächter im Mietobjekt ein Handels- oder Fabrikationsunternehmen, so wird in der Praxis häufig ein variabler Miet- oder Pachtzins vereinbart. Der Zinsertrag des Vermieters hängt in diesen Fällen vom Umsatz oder Gewinn des Gewerbes des Mieters oder Pächters ab. Im Umstand, dass für die Vermietung von Geschäftsräumen der Aktionäre an ihre AG ein vom Geschäftsumsatz der Mieterin abhängiger Mietzins vereinbart wird, kann an sich kein Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung erblickt werden. Die Praxis nimmt in solchen Fällen keine ungerechtfertigte Vorteilszuwendung an, wenn der variable Mietzins in einer Bemessungsperiode den festen Normalmietzins übersteigt, die Mietzinsleistungen im Durchschnitt der bisherigen Mietjahre aber als angemessen betrachtet werden können (137).

-
- 136 Publiziert in ASA 45 S. 589 ff. (betr. Verrechnungssteuer); vgl. auch BGr vom 26.3.1976, ASA 45 S. 417 ff.
- 137 BGr vom 2.10.1953, ASA 22 S. 388 ff.; vgl. hierzu auch die ähnlichen Ueberlegungen, die im Zusammenhang mit den Salären an mitarbeitende Aktionäre angestellt wurden (vorn II. B. 2. b) gg)).

VI. Lizenzverträge und Verausserung von Immaterialgütern

Objekt von Lizenzverträgen können sämtliche Immaterialgüterrechte sein. In diesem Zusammenhang haben jedoch vor allem Vereinbarungen betreffend die Gebrauchsüberlassung von Patenten, Fabrikationsgeheimnissen (Know-how), Marken und Warenzeichen praktische Bedeutung erlangt.

Bei Lizenzgebühren zwischen der AG als Lizenznehmerin und ihren Gesellschaftern als Lizenzgebern oder umgekehrt sind - wie bei Miete und Pacht (138) - verdeckte Gewinnausschüttungen anzunehmen, wenn sich die Lizenzgebühren entweder als unangemessen hohe Ausgaben oder aber als Verzicht auf Einnahmen gewinnmindernd auswirken (139). Für die Beurteilung der Angemessenheit stellt die Praxis wiederum darauf ab, ob Vergütungen in der gleichen Höhe auch einer fernstehenden Person gewährt würden (140). Der Vergleich mit unabhängigen Verhältnissen dürfte allerdings in der Regel daran scheitern, dass die betreffende Lizenz nur einmal vergeben wird und vergleichbare andere Lizenzen nicht existieren (141). Die als Unkosten abzugsfähigen Lizenzgebühren sind daher so zu bemessen, dass sie der AG als Lizenznehmerin jedenfalls noch erlauben, einen angemessenen Gewinn auszuweisen (142). Demnach muss die Lizenzvergütung so bald als möglich reduziert werden, wenn sich die Auswertung der Lizenz für die AG wegen der allzu grossen Belastung durch die ursprünglich vereinbarte Vergütung nicht mehr lohnt (143).

- 138 Vgl. vorstehend V. Zivilrechtlich wird der Lizenzvertrag als "contractus sui generis" bezeichnet, auf den die Vorschriften über die Pacht analog zur Anwendung kommen (vgl. Troller Bld 130 ff. 139).
- 139 Vgl. Masserat N. 26k zu Art. 49; Reimann/Zuppinger, Schärfer N 95 zu § 45; Prym, Srr 148 ff. 140.
- 140 BGr vom 12.7.1963; ASA 32 AS. 477 ff. 141.
- 141 Söb auch Prym Srr 149 ff. 142.
- 142 Vgl. Baumgartner S. 8 f. Anhaltspunkte dafür ergeben sich aus dem Vergleich mit den Erträgen gleichartiger Unternehmungen (vgl. Schlumpf, ASA 18 S. 41) S. 41).
- 143 Vgl. BGr vom 2.3.1962; ASA 31 AS. 141 ff. 141.

In zeitlicher Hinsicht stellen nach Ablauf der Schutzfrist für ein Patent ausgerichtete Lizenzgebühren normalerweise verdeckte Gewinnausschüttungen dar. Dabei ist jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Patent aufgrund eines noch bestehenden Markenschutzes weiterhin wirtschaftlich verwertet werden kann (144).

Wird ein Patent zu einem Zeitpunkt veräussert, in welchem seine wirtschaftliche Verwertbarkeit noch nicht feststeht, so kann sich die Beurteilung der Angemessenheit des Preises bloss auf Schätzungen über die voraussichtlichen Gewinne und Kosteneinsparungen der Lizenznehmerin stützen. Etwas einfacher liegen die Dinge, wenn die Vergütung anstelle einer festen Summe in Form eines Prozentsatzes vom Umsatz festgelegt wird. In solchen Fällen haben die Einschätzungsbehörden immerhin die Möglichkeit, sich auf erfahrungsgemässe - je nach der Art der Erfindung freilich sehr unterschiedliche - Ansätze zu berufen (145).

VII. Bürgschaften

Neben der unmittelbaren Darlehensgewährung an die Gesellschaft spielen in der Praxis vielfach auch Bürgschaften eine Rolle, welche die Gesellschafter zugunsten ihrer Gesellschaft für Kredite gesellschaftsfremder Personen übernehmen. Geht ein Unternehmeraktionär für seine AG eine Bürgschaft ein, so wird er normalerweise dafür keine besondere Vergütung verlangen. Gestützt auf diese Feststellung lehnten es die Einschätzungsbehörden ab, derartige Vergütungen als geschäftsmässig begründete Unkosten der AG zuzulassen und behandelten sie demgemäss als verdeckte Gewinnausschüttungen (146). An

144 Vgl. BGr vom 30.6.1965, ASA 34 S. 211 f.

145 Vgl. Baumgartner S. 8; Prym S. 149.

146 EStV vom 27.6.1945, aufgeführt in Pfund, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer N 23 zu Art. 5 Abs. 2 CG (7. Verdeckte Gewinnausschüttung).

diesem Entscheid wird indessen mit Recht Kritik geübt (147). Eine angemessene Prämie für die Uebernahme des finanziellen Risikos erscheint danach ohne weiteres gerechtfertigt. Die Höhe der Prämie hat sich nach den Verhältnissen des Einzelfalles, insbesondere der jeweiligen Grössenordnung des Risikos zu richten, weshalb keine allgemeinen Richtlinien für die Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen aufgestellt werden können. Bei gewerbsmässiger Gewährung von Blankobürgschaften sind derzeit Vergütungen von 1 %, bei Sicherstellung von ½ % pro Jahr üblich (148). Es ist daher nicht einzusehen, weshalb nicht auch der Aktionär, der sich, um die Inanspruchnahme eines Kreditinstitutes zu vermeiden, für seine AG als Bürge verpflichtet, eine entsprechende Prämie beanspruchen sollte. Bei dieser Sachlage kann nämlich in einer solchen Vergütung keine freiwillige Vorteilszuwendung der AG erblickt werden, zumal ein von der Gesellschaft unabhängiger Bürge das Risiko nicht ohne Gegenleistung übernehmen würde und der Aktionär für die Besteuerung nicht schlechter gestellt werden darf (149).

Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung kann - ähnlich wie bei der Darlehensgewährung (150) - auch erfüllt sein, wenn die Gesellschaft, nachdem sie aufgrund einer eingegangenen Bürgschaft in Anspruch genommen worden ist, ohne geschäftsmässigen Grund auf den Regress gegenüber dem Aktionär verzichtet. Der Verlust der Rückgriffsforderung muss hingegen steuerlich anerkannt werden, wenn er durch einen vom betreffenden Gesellschafter unabhängigen Vorgang bewirkt wurde und nicht voraussehbar war (151).

147 Vgl. Känzig, ASA 19 S. 313 f. mit Hinweis auf BS WStRK vom 16.8.1946; dsgl. Prym S. 151 f.

148 Vgl. Zürcher Zinskonvenium, Ausgabe 1972 (Es handelt sich dabei um eine Vereinbarung der Banken auf dem Platze Zürich.).

149 Zutreffend daher BS WStRK vom 23.1.1963, ASA 22 S. 392 ff.; ferner Huber S. 23.

150 Vgl. vorn III. B. 1.

151 Vgl. hierzu auch Prym S. 152.

§ 6 Ermittlung und Nachweis der verdeckten Gewinnausschüttung

I. Ermittlung

A. Einführung

Zur Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen bedarf es eines Wertvergleichs der von der Gesellschaft erbrachten Leistung mit der von der vermeintlich begünstigten Person empfangenen. Uebersteigt die Leistung der Gesellschaft die von ihr empfangene wertmässig, so liegt in diesem Umfange eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Für die Gegenüberstellung ist der Wert massgebend, den "die Unternehmensleitung bei den gegebenen Verhältnissen in guten Treuen als geschäftsmässig begründet hält" (1). Was geschäftsmässig begründet ist, beurteilt sich seinerseits nach der Leistung, die einem unbeteiligten Dritten zugebilligt worden wäre. Die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung ist nach herrschender Praxis bloss bei Vorliegen eines "offensichtlichen Missverhältnisses" zwischen Leistung und Gegenleistung gerechtfertigt (2).

B. Vergleich mit Erfahrungstatsachen

Da der Steuerbehörde in der Regel anfänglich der Einblick in die spezifischen Verhältnisse des Einzelfalles fehlt, lässt sie sich bei der Veranlagung zunächst allein von Erfahrungstatsachen leiten. In diesem Zusammenhang ist mithin den im vorangehenden Paragraphen erwähnten Indizien, die auf das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung hinweisen, ent-

1 Reimann/Zuppinger/Schärner N 81 zu § 45 mit Verweisungen.

2 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärner N 80 zu § 45; Känzig, Wehrsteuer N 55 ff. zu Art. 49; Imboden, ASA 31 S. 185; vgl. hierzu auch nachstehend C.

scheidende Bedeutung beizumessen. Es kommt m.a.W. in der Praxis nur dann zur Beanstandung der Geschäftsmässigkeit einer Leistung der Gesellschaft, wenn aus ihrer Erfolgsrechnung Tatsachen hervorgehen, die erfahrungsgemäss den Schluss auf eine ungerechtfertigte Vorteilszuwendung nahelegen (3).

C. Offensichtliches Missverhältnis

Anerkanntermassen steht der Gesellschaft bei der Festsetzung gewisser Leistungen an ihre Teilhaber ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Dies gilt in erster Linie in bezug auf Vergütungen für Arbeitsleistungen, ist aber auch bei der Veräusserung oder Vermietung von Objekten ohne Marktwert sowie bei Lizenzgebühren unbestritten. Solche Leistungen sollen, solange sie sich in einem weiten Rahmen halten, der noch vertretbar erscheint, unbeanstandet bleiben. Die Rechtsprechung hat sich in derartigen Fällen die geforderte Zurückhaltung auferlegt, indem sie bloss bei offensichtlichem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eine verdeckte Gewinnausschüttung annimmt (4).

"Offensichtlich" ist dabei nicht so zu verstehen, als ob das Missverhältnis ohne jegliche Prüfung jedermann gleich in die Augen springen müsse. Es genügt, wenn es dem Kundigen nach Aufklärung des Sachverhaltes, wenn auch als Resultat mühseliger Untersuchungen, ohne weiteres aus dem beträchtlichen Unterschied zwischen der angemessenen und der tatsächlichen Leistung erkennbar ist. Beanstandungen sind demzufolge bloss bei wesentlicher Preisüberschreitung bzw. -unterschreitung vertretbar.

3 Es sei beispielsweise auf den Fall verwiesen, in welchem eine AG den mitarbeitenden Aktionären infolge eines erheblich gestiegenen Geschäftserfolges bedeutende Salärerhöhungen zugestand, gleichzeitig aber auf die Ausrichtung einer Dividende verzichtete (vgl. vorn § 5 bei Anm. 49).

4 Vgl. z.B. ZH VGr vom 28.5.1965, RB 1965 Nr. 47; ferner vorn § 4 IV. A. 1. b).

Neben dieser grosszügigen Beurteilung hat sich bei Leistungen, deren marktüblicher Wert mit Leichtigkeit feststellbar ist, eine mehr oder weniger starre Anwendung gewisser Richtlinien für die Aufrechnung verdeckter Gewinnausschüttungen durchgesetzt. Musterbeispiel für diese Praxis bilden die Darlehenszinsen (5). Hier bedarf es keines wesentlichen Unterschiedes zwischen der marktüblichen und der vereinbarten Leistung; der Ermessensspielraum der steuerpflichtigen Gesellschaft wird sehr stark eingeschränkt, da auch geringe Ueber- bzw. Unterschreitungen der allgemeinen Richtlinien zur Annahme ungerechtfertigter Vorteile führen.

II. Rechtslage bei Anzweiflung der Geschäftsmässigkeit

Wird seitens der Einschätzungsbehörden die Geschäftsmässigkeit einer Leistung angezweifelt, so stellt sich im anschliessenden Beweisverfahren die Frage nach der Verteilung der Beweislast.

A. Zur Beweislast im Steuerverfahren im allgemeinen

Spricht man von Beweislast schlechthin, so meint man damit meistens die subjektive Beweislast, die Beweisführungslast. Sie bringt zum Ausdruck, dass der Belastete durch den Beweis einer ungewiss gebliebenen tatsächlichen Behauptung die Gefahr des Unterliegens im Streitverfahren abwenden kann. Eine solche Beweislast ist mit der im Steuerverfahren herrschenden Offizialmaxime (6) unvereinbar (7).

Dagegen kommt die objektive Beweislast auch im Verfahren mit Offizialmaxime zum Zuge. Sie ist Ausfluss des materiellen Rechtes und beantwortet die Frage, wer die Folgen der Beweis-

5 Vgl. vorn § 5 III. Die gleiche Tendenz ist bei der Erfassung verdeckten Eigenkapitals festzustellen (vgl. hinten § 12).

6 Vgl. z.B. Känzig, Wehrsteuer N 4 zu Art. 88; Reimann/Zupinger/Schärrer N 1 zu § 75; Weidmann S. 157.

7 Vgl. Kölz N 2 zu § 7; Wespi S. 381.

losigkeit zu tragen habe (8). Mit dieser Feststellung wird indessen nur eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck gebracht, wonach die Beweislosigkeit auch im Steuerverfahren zu einer nachteiligen Folge für den Fiskus oder den Steuerpflichtigen führt.

Grundsätzlich verhält es sich so, dass die Steuerbehörde - zwar unter Mitwirkung des Steuerpflichtigen - verpflichtet ist, den für die Besteuerung relevanten Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (9) und allenfalls von der Deklaration des Pflichtigen abweichende, steuererhöhende Tatsachen zu beweisen. Sie trägt damit auch die Folgen der Beweislosigkeit, wenn sich ihre Annahme nicht verifizieren lässt. Dem Zusammenspiel zwischen Erforschungs- und Mitwirkungspflicht kommt für die Beweisführung eine zentrale Bedeutung zu. Für die Steuerbehörde bedeutet es insbesondere eine gewaltige Erleichterung, dass die Pflichtigen ein eigenes Interesse daran haben, die für sie günstigen Beweise selbständig zu erbringen.

Im Veranlagungsverfahren wird aus praktischen Erwägungen häufig auf eine strenge Beweisführung seitens der Steuerbehörden verzichtet. Entsprechend wird es für den Nachweis einer Tatsache für genügend erachtet, wenn sich die Annahme der Behörde auf Indizien, Rückschlüsse aus gegebenen Anhaltspunkten oder die allgemeine Lebenserfahrung stützt (10). Liegen solche Umstände vor, so lässt sich damit eine Vermutung für die Richtigkeit der Annahme der Behörde begründen. Folge davon ist eine Umkehrung der allgemeinen Beweislastregel, indem der Pflichtige Abweichungen vom Normalen, von Erfahrungstatsachen nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen hat. Wird die Selbsttaxation aufgrund allgemeiner Erfahrungstatsachen ange-

8 Vgl. Kölz N 2 f. zu § 7.

9 So z.B. ZH § 71 StG.

10 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrer N 33 zu § 75; Wespi S. 383 und 385.

zweifelt, so trifft den Pflichtigen demnach die Beweislast für die Richtigkeit seiner Angaben (11). Diese Beweisführungspflicht steht in einem gewissen Widerspruch zur Offizialmaxime, ist aber im Steuerverfahren dadurch bedingt, dass der Pflichtige selbst seine Verhältnisse am besten kennt und daher oft allein in der Lage ist, die für die Einschätzung massgebenden Tatsachen und Beweismittel zu nennen. Will man die Steuerbehörde nicht ständig der Gefahr der Beweislosigkeit aussetzen, so erscheint eine solche Durchbrechung der Offizialmaxime gerechtfertigt.

B. Beweislast bei der Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen

1. Bezüglich der objektiven Tatbestandselemente

Wie sich aus den vorangehenden Ausführungen ergibt, ist es grundsätzlich Aufgabe der Steuerbehörden, das Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen in objektiver wie subjektiver Hinsicht zu beweisen. Es ist nicht Aufgabe der pflichtigen Gesellschaft nachzuweisen, dass ihre Aufwendungen bzw. Einnahmeverzichte geschäftsmässig bedingt sind (12).

Trotz dieser Rechtslage bleibt es für die AG, deren Aufwendungen beanstandet werden, unerlässlich, ihrer Mitwirkungspflicht zur Klärung der Frage der Geschäftsmässigkeit von Anfang des Einschätzungsverfahrens an mit allen verfügbaren Mitteln nachzukommen. Es liegt in ihrem eigenen Interesse, den Verwaltungsbehörden eine ausführliche Darstellung der spezifischen Verhältnisse in ihrer Unternehmung bzw. der Tätigkeit ihrer Aktionäre, die für die Beurteilung der Geschäftsmässigkeit einer Aufwendung relevant sind, zur Kenntnis zu

11 Vgl. Blumenstein, System S. 420; Wespi S. 381; Reimann/Zuppinger/Schärer N 34 zu § 75.

12 So auch Bosshardt, SAG 8 S. 130.

bringen und zu beweisen (13). Es wäre ausserordentlich unzweckmässig, in einer solchen Situation untätig zu bleiben, denn die Nichterbringung bestimmter Beweise bewirkt eine Verschlechterung der Rechtsstellung der AG, obwohl die Steuerbehörden generell für die Erforschung des Sachverhaltes verantwortlich sind. Ist die Frage der Angemessenheit einer Aufwendung strittig, empfiehlt es sich daher zunächst, Einzelheiten darzutun, die das Vorliegen mindestens eines objektiven Tatbestandselementes der verdeckten Gewinnausschüttung (14) ausschliessen. Gelingt dies nicht und stellt die Steuerbehörde trotz sachgemässer Würdigung der ihr bekannten Gegebenheiten ein Missverhältnis zwischen einer Leistung und der entsprechenden Gegenleistung fest, welches objektiv eine Verletzung der Geschäftsinteressen bedeutet, so ist es Aufgabe der steuerpflichtigen AG, diese begründete Vermutung zu entkräften (15).

Es liegt auf der Hand, dass an die Erforschungspflichten der Steuerbehörde keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, da ihr der Einblick in die spezifischen Verhältnisse einer Unternehmung fehlt (16). Es kommt deshalb in der Praxis häufig vor, dass sie ihre Annahme bloss auf allgemeine Erfahrungstatsachen und Indizien abstützen kann. Ergibt sich aus dem Vergleich mit Erfahrungstatsachen ein offensichtliches Missverhältnis zwischen einer Leistung und der entsprechenden Gegenleistung, so führt dies zur vorn (17) beschriebe-

13 Es sei auf die vorn in § 5 aufgeführten Gesichtspunkte verwiesen.

14 Vgl. vorn § 4 IV. A.

15 Reimann/Zuppinger/Schärner N 83 zu § 45; Pestalozzi S. 41; vgl. hierzu ferner BGr vom 7.2.1964, ASA 33 S. 104 ff.

16 Nach Pestalozzi, S. 40 f., kann sich der Fiskus darauf beschränken, die verdeckte Gewinnausschüttung glaubhaft zu machen. Ebenso Steinmann, StR 32 S. 371; vgl. auch Bosshardt, SAG 8 S. 130 f.

17 Vgl. vorstehend A.

nen Umkehr der Beweislast. Alsdann hat die pflichtige Gesellschaft die detaillierte Darstellung der Sachlage nachzuholen, um einen für sie ungünstigen Ausgang des Verfahrens zu vermeiden (18).

2. Bezüglich des subjektiven Tatbestandselementes

Noch schwieriger als beim objektiven Tatbestand gestaltet sich die Beweispflicht der Steuerbehörden beim subjektiven Erfordernis. Das Bewusstsein der übermässigen Vorteilszuwendung als innermenschlicher Vorgang lässt sich in der Praxis selbst bei Kenntnis des objektiven Sachverhaltes nicht leicht nachweisen. Wegen dieser Rechtslage kam Känzig (19) entgegen der herrschenden Lehre dazu, vom Erfordernis der bewussten Vorteilszuwendung abzusehen. Etwas weniger weit gehen Reimann/Zuppinger/Schärrer (20), um den angetönten Schwierigkeiten auszuweichen. Sie halten dazu fest, die bewusste Vorteilszuwendung sei von der Steuerbehörde nicht zu beweisen, da dies in der Regel gar nicht möglich wäre, sondern dürfe - bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der verdeckten Gewinnausschüttung - vorausgesetzt werden. Mit dem Grundsatz der generellen Beweispflicht der Steuerbehörde ist indessen einzig vereinbar, wenn man sich auch hier mit einer Umkehr der Beweislast behilft. So spricht eine starke Vermutung für das Vorliegen der Begünstigungsabsicht, wenn die objektiven Tatbestandselemente der verdeckten Gewinnausschüttung dargelegt sind. Ihr Vorhandensein darf unter diesen Umständen als erwiesen betrachtet werden, solange nicht die pflichtige Gesellschaft diese Annahme durch Erbringen des Gegenbeweises widerlegt (21).

18 Vgl. ZH VGr vom 19.8.1977, RB 1977 Nr. 60; Herold, StR 34 S. 306.

19 Zit. in § 4 bei Anm. 97.

20 N 84 zu § 45.

21 Ähnlich Bosshardt, SAG 8 S. 130 f. Vgl. auch Prym S. 67. Dazu BGr vom 8.5.1964, ASA 33 S. 159 ff.: "Allein aus der Tatsache eines wesentlich unter dem Verkehrswert

III. Verfahrensrechtliches

Um nutzlose Verfahren zu vermeiden, ist im Hinblick auf die Anfechtungsmöglichkeit der Veranlagung abzuklären, ob die Frage nach dem Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung in der Judikatur als Ermessens- oder als Rechtsfrage betrachtet werde. In einem Teil der schweizerischen Steuergesetze sind verdeckte Gewinnausschüttungen ausdrücklich erwähnt; in den übrigen werden sie als nicht geschäftsmässig begründete Unkosten umschrieben (22). Sowohl der Begriff der Geschäftsmässigkeit wie auch derjenige der verdeckten Gewinnausschüttung sind als sog. unbestimmte Rechtsbegriffe zu qualifizieren (23, 24). Der unbestimmte Rechtsbegriff wird grundsätzlich wie der (bestimmte) Rechtsbegriff behandelt. Dessen Auslegung und Anwendung ist demnach Rechtsfrage und kann vom Richter auch überprüft werden, wenn ihm keine Ermessenskontrolle zusteht (25). Bei der Frage, ob die Bezüge eines geschäftsführenden Gesellschafters unangemessen seien und ob daher eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliege, handelt es sich mithin um eine Rechtsfrage. Dagegen ist die Feststellung der Höhe verdeckter Gewinnausschüttungen im konkreten Falle Tat- oder Ermessensfrage (26).

-
- 21 Forts. liegenden Verkaufspreises kann jedenfalls dann nicht geschlossen werden, die Organe der AG seien sich bewusst und gewillt gewesen, dem Aktionär in dieser Form einen Gewinnanteil zuzuhalten, wenn die Interessenlage gegen eine solche Annahme spricht."
- 22 Vgl. vorn § 4 III. A.
- 23 Wespi S. 245 f.; ZH ORK vom 23.12.1937, RB 1937 Nr. 57 = ZBl 39 S. 276 ff. = ZR 37 Nr. 75; vom 7.3.1947, RB 1947 Nr. 26 = ZBl 48 S. 515 ff. = ZR 46 Nr. 30.
- 24 Zum unbestimmten Rechtsbegriff im allgemeinen: Kölz N 31 zu § 51; Gygi S. 146 ff.
- 25 Kölz N 31 zu § 51. Die Unterscheidung beruht auf der von der Lehre entwickelten Dreiteilung in Ermessensbegriff, unbestimmten Rechtsbegriff und (bestimmten) Rechtsbegriff (vgl. derselbe N 36 zu § 50).
- 26 Wespi S. 245 f.; ZH ORK vom 7.3.1947, RB 1947 Nr. 26 = ZBl 48 S. 515 ff. = ZR 46 Nr. 30.

§ 7 Folgen der steuerlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung

I. Steuerliche Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung

A. Bei der Aktiengesellschaft

1. Im allgemeinen

Mit der Erfassung des verdeckt ausgeschütteten Gewinnes wird die Besteuerung des tatsächlich erwirtschafteten, unverfälschten Geschäftsertrages bezweckt. Die Aufdeckung verdeckter Gewinnausschüttungen durch die Einschätzungsbehörde hat grundsätzlich eine Erhöhung des steuerbaren Gewinnes im Jahre ihrer Vornahme zur Folge. Buchmässig sind sie daher dem Ertrag desjenigen Jahres aufzurechnen, in welchem sie der Erfolgsrechnung belastet oder im Falle der Gewinnvorwegnahme nicht gutgeschrieben wurden (1). Die verdeckte Gewinnausschüttung wird bei der AG folglich so behandelt, als ob es sich um eine offene gehandelt hätte.

2. Besonderheiten

a) Bei Belastung eines aktiven Bestandeskontos

Es stellt sich die Frage, ob in Anwendung des obigen Grundsatzes eine Gewinnerhöhung bei der AG auch dann erfolgen dürfe, wenn die festgestellte verdeckte Gewinnausschüttung den Gewinn des Jahres, in welchem die Vorteilszuwendung erfolgt ist, überhaupt nicht gemindert hat. Dies trifft zu, wenn sie einem aktiven Bestandeskonto belastet worden ist. In Doktrin und

1 Schärre, ASA 43 S. 294.

Praxis wird für solche Fälle die Auffassung vertreten, die Gewinnkorrektur könne erst im Zeitpunkt erfolgen, in welchem die Belastung des Bestandeskontos beseitigt werde (2), beispielsweise durch Abschreibung der (unechten) Darlehensforderung (3) oder des fiktiven Aktivums bzw. des übersetzten Kaufpreises (4). Wird das überbewertete Aktivum vor der beabsichtigten Abschreibung veräußert, ist die Gewinnerhöhung bei der Veräußerung vorzunehmen, indem der überhöhte Wertanteil dem Buchgewinn zugerechnet wird (5).

Die herrschende Veranlagungspraxis lässt es mithin zu, dass ein überbewertetes Aktivum unter Umständen während mehrerer Jahre in der Steuerbilanz anerkannt wird, obwohl darin ein Verstoß gegen die handelsrechtlichen Höchstbewertungsvorschriften liegt. Diese sehen neben der Wertgrenze der Anschaffungskosten auch diejenige des wirklichen Wertes vor, wobei jeweils die niedrigere der beiden den höchstzulässigen Bilanzwert bestimmt (6). Demnach ist es nicht gestattet, Aktiven zu einem höheren als zu ihrem effektiven Wert zu bilanzieren. In unserm Zusammenhang stellt sich daher die Frage, ob die Einschätzungsbehörden berechtigt seien, für die Besteuerung von sich aus die entsprechenden Bilanzberichtigungen vorzunehmen. Die Praxis zeigt sich in dieser Beziehung äusserst zurückhaltend, indem sie bloss bei offensichtlich handelsrechtswidrigen Bilanzansätzen eine Korrektur für die steuerliche Erfolgsrechnung zulässt (7). Diese Voraussetzung ist bei der Aktivierung einer verdeckten Gewinnausschüttung jedoch erfüllt, so dass eine Bilanzberichtigung in solchen Fällen angezeigt erscheint. Ein überbewertetes Aktivum ist

2 Reimann/Zuppinger/Schärner N 86 zu § 45; Känzig, Wehrsteuer und EB 1972 N 56 zu Art. 49.

3 Vgl. vorn § 5 III. B. 1.

4 Vgl. vorn § 5 IV. A.

5 Reimann/Zuppinger/Schärner N 86 zu § 45.

6 Vgl. Bürgi N 9 zu Art. 665.

7 Vgl. Känzig, Wehrsteuer N 32 zu Art. 49.

folglich schon im Jahre seiner Aktivierung zum wahren Wert in der Bilanz einzusetzen. Dieser Eingriff führt dazu, dass auch die mit dem Kauf eines Nonvaleurs verbundenen verdeckten Gewinnausschüttungen und dergleichen vollumfänglich im Zeitpunkt ihrer Vornahme aufgerechnet werden können (8), ohne die späteren Abschreibungen abzuwarten. Damit wird dem eingangs erwähnten Grundsatz (9) gebührend Rechnung getragen. Die Bilanzberichtigung soll sich allerdings auf die Steuerbilanz beschränken, ein weitergehender Eingriff in die Zivilrechtssphäre ist für die Berechnung des steuerbaren Reingewinnes nicht erforderlich (10).

Die vorgeschlagene Lösung führt zweifellos zu einem steuerlich richtigen Ergebnis, welches auch den handelsrechtlichen Gegebenheiten entspricht. Ihre Durchführung dürfte jedoch häufig an veranlagungstechnischen Schwierigkeiten scheitern. So wird es oft der Fall sein, dass die Einschätzungsbehörde die Wertlosigkeit bzw. Ueberbewertung eines Aktivums erst im Zeitpunkt der Abschreibung entdeckt. Die Rückwärtsberichtigung rechtskräftig veranlagter Steuerbilanzen ist aber grundsätzlich ausgeschlossen. Einzelne Steuergesetze gestatten ein Zurückkommen auf eine in Rechtskraft erwachsene Veranlagung immerhin, wenn sich aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel ergibt, dass diese unvollständig vorgenommen wurde. Hat die steuerpflichtige Gesellschaft aber in ihrer Steuererklärung vollständige Angaben über ihr Kapital gemacht und wurde die Bewertung von den Steuerbehörden anerkannt, so kann wegen unrichtiger Bewertung keine Nachsteuer erhoben werden (11). Die andern Steuerordnungen lassen eine Steuernachforderung

8 Auch Weber, S. 100 ff. (mit praktischem Beispiel), befürwortet diese Lösung. Vgl. hierzu auch Prym S. 100 ff. und Imboden, ASA 31 S. 180 f. Schärer, ASA 43 S. 295, will die Bilanzberichtigung bloss bei der Berechnung des steuerbaren Kapitals zulassen.

9 Vgl. vorstehend 1.

10 Weber S. 101; vgl. auch Prym S. 101.

11 Vgl. beispielsweise ZH § 102 StG; SG Art. 120 StG. Vgl. hierzu auch Weber S. 102 ff.

nur im Zusammenhang mit eigentlicher Steuerhinterziehung zu (12, 13).

b) Bei Belastung eines passiven Bestandeskontos

Bei Belastung der verdeckten Gewinnausschüttung auf einem Reservekonto ist keine Gewinnkorrektur erforderlich. Erfolgt die Gewinnausschüttung dagegen durch Belastung eines Rückstellungskontos, ist sie als geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungsverwendung ertragsmässig aufzurechnen (14). Wird sie schliesslich einem echten Fremdkapitalkonto belastet, ist die Gewinnminderung dem Ertrag bloss zuzurechnen, falls damit ein Schulderrlass verbucht wurde (15).

c) Bei unverbuchter Entnahme eines Aktivums

Dadurch wird eine Gewinnvorwegnahme im Umfange des Verkehrswertes des betreffenden Aktivums bewirkt. Nach herrschender

12 Vgl. Blumenstein, System S. 301; Näheres dazu vorn § 4 V. B.

13 Beispielsweise Art. 129 WStB. Liegt ein Revisionsgrund nach Art. 136 f. OG vor, ist nach der neueren Rechtsprechung des BGr die Revision einer rechtskräftigen Veranlagung auch zu Ungunsten des Steuerpflichtigen zulässig (vgl. Masshardt N 13 zu Art. 111). Die Revision zu Ungunsten des Pflichtigen entspricht dem Nachsteuerverfahren in den kantonalen Steuergesetzen (z.B. ZH und SG).

14 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 88 zu § 45; vgl. auch ZH VGr vom 5.11.1973, RB 1973 Nr. 30.

15 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 88 zu § 45.

Praxis sind im Entnahmehjahr bloss die Differenz zwischen Verkehrswert und Buchwert, spätere Abschreibungen des Buchwertes hingegen erst im Abschreibungsjahr ertragsmässig aufzurechnen. Für die Berechnung des steuerbaren Kapitals wird die verdeckte Gewinnausschüttung jedoch vollumfänglich schon im Entnahmehjahr berücksichtigt (16).

B. Beim begünstigten Aktionär

1. Im allgemeinen

Auch beim begünstigten Aktionär werden verdeckte Gewinnausschüttungen für die Besteuerung so behandelt, als seien sie offen vorgenommen worden. Als Beteiligungsertrag sind sie mithin dem übrigen Einkommen gleichgestellt (17). In zeitlicher Hinsicht werden die Vorteilszuwendungen beim Aktionär besteuert, wenn sie ihm tatsächlich zufliessen. Dies gilt für verdeckte Gewinnausschüttungen i.e.S. ebenso wie für Gewinnvorwegnahmen. In der Regel fällt die Besteuerung daher mit der Ertragsaufrechnung bei der AG zusammen.

2. Besonderheiten

Selbst wenn sich die verdeckte Gewinnausschüttung auf den Ertrag der Gesellschaft zunächst nicht auswirkt und daher nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch nicht aufgerechnet werden kann, stellt die Praxis für die Besteuerung des Aktionärs auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Zufließens des geldwerten Vorteils ab. Entsprechend ist schon die Ausrichtung des Kaufpreises beim Aktionär als einkommensbildend zu betrach-

16 Schärfer, ASA 43 S. 296. Zur Kritik an dieser Praxis vorn unter a). Die dortigen Ausführungen sind hier analog anwendbar.

17 Vgl. beispielsweise Art. 21 Abs. 1 lit. c WStB und ZH § 19 lit. c StG.

ten, wenn die AG von ihm ein wertloses Patent erwirbt, dieses vorerst zum Erwerbspreis aktiviert und später abschreibt. Ebenso bewirkt bereits die Hingabe des Darlehens Einkommen beim Aktionär, wenn es ihm von der AG ohne Sicherheit und ohne Absicht der Rückforderung gewährt wird (18).

Eine abweichende Ansicht vertrat das Bundesgericht (19), welches annahm, die für die Besteuerung relevante Vorteilszuwendung an den Aktionär erfolge erst bei der Abschreibung des Darlehens. Man muss wohl richtigerweise auf den Zeitpunkt abstellen, in welchem die Absicht der Rückforderung fallen gelassen wird (20). Dies kann schon bei der Darlehenshingabe der Fall sein. Der Rückforderungsverzicht kann aber auch ratenweise erst bei den einzelnen Abschreibungen erfolgen.

Eine ähnliche Betrachtungsweise kommt in einem Urteil der Zürcher Oberrekurskommission (21) zum Ausdruck: Es beschlägt einen Sachverhalt, in welchem die AG ihr zustehende Einnahmen nicht verbuchte, da diese von ihrem Alleinaktionär direkt vereinnahmt wurden. Das Gericht kam darin zum Schlusse, die so bewirkte Gewinnvorwegnahme sei dem Aktionär grundsätzlich erst mit der Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung zugeflossen, da der Verzicht auf die Einforderung der Gesellschaftsmittel erst dadurch einwandfrei zum Ausdruck komme. Der tatsächliche Zufluss sei jedoch bereits als einkommensbildend zu betrachten, wenn die Gesellschaftsorgane

-
- 18 Schärker, ASA 43 S. 304. Gl.M. im Falle der Darlehensgewährung offenbar Baumgartner, S. 10, der ausführt, die Voraussetzungen zur Erhebung der Verrechnungssteuer seien schon mit der Darlehenshingabe erfüllt.
- 19 Urteil vom 7.10.1966, ASA 36 S. 275 ff.; vgl. dazu auch Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 56 a.E. zu Art. 49.
- 20 Damit wird in Betracht gezogen, wann der Aktionär einen festen Rechtsanspruch auf den Vermögensvorteil erworben hat. Vgl. hierzu hinten § 8 I. D. 1.
- 21 Vom 3.9.1958, RB 1958 Nr. 7 = ZBl 60 S. 22 f. = ZR 58 Nr. 21.

von Anfang an nicht mit der Ablieferung des Ertrages rechnen, was bei Identität von Verwaltung und Generalversammlung in Einmangengesellschaften stets zutreffe (22).

Liegt bei der Aufdeckung der verdeckten Gewinnausschüttung bereits eine rechtskräftige Veranlagung ihres Empfängers vor, kann die nachträgliche Erhöhung des steuerbaren Einkommens allerdings nur noch auf dem Wege des Nach- bzw. Strafsteuerverfahrens vollzogen werden (23).

II. Auswirkungen der Aufrechnung

A. Bei der Aktiengesellschaft

Die Aufrechnung verdeckter Gewinnausschüttungen hat bei der AG stets eine Erhöhung des steuerbaren Ertrages zur Folge. Die daraus resultierende steuerliche Mehrbelastung beruht zusätzlich auf der Anwendung eines der gesteigerten Ertragsintensität entsprechend erhöhten Steuersatzes (24).

B. Beim begünstigten Aktionär

1. Auswirkungen auf das steuerbare Einkommen

a) Einführung

Bei der verdeckten Gewinnausschüttung handelt es sich zwar vornehmlich um eine im Zusammenhang mit den Gesellschafts-

22 Vgl. dazu auch Schärker, ASA 43 S. 304 f.

23 Vgl. dazu die Ausführungen unter I. A. 2. a).

24 Die deutsche Körperschaftsteuergesetzgebung sieht demgegenüber einen gespaltenen Steuersatz vor, welcher zwischen ausgeschüttetem und zurückbehaltenem Gewinn unterscheidet. Für personenbezogene Kapitalgesellschaften beläuft sich der Steuersatz für einbehaltene Gewinne auf 49 %, für ausgeschüttete auf 26.5 % (§ 19 Körperschaftsteuergesetz, zit. in Anm. 29 zu § 3). Verdeckte Gewinnausschüttungen werden interessanterweise nach dem Steuersatz für einbehaltene Gewinne besteuert. Für die sich daraus ergebenden Konsequenzen und Probleme sei auf Prym, S. 102 ff., verwiesen.

steuern interessierende Erscheinung. Dennoch dürfen die Auswirkungen ihrer Feststellung auf das Einkommen der begünstigten Gesellschafter nicht unberücksichtigt bleiben.

Die Feststellung einer verdeckten Gewinnausschüttung bei der AG hat beim Aktionär eine entsprechende Zunahme des Einkommens in Form von Beteiligungserträgen zur Folge. Gemäss der jeweiligen Sachlage ergeben sich daraus unterschiedliche steuerliche Auswirkungen. Für deren Beurteilung ist zunächst abzuklären, ob die fragliche Gewinnausschüttung im zur Besteuerung gelangten Einkommen des Aktionärs bereits erfasst worden sei oder nicht. Liegt bloss eine Umschichtung der Einkünfte vor, bewirkt die nachträgliche Feststellung der verdeckten Gewinnausschüttung keine Erhöhung des zu versteuern den Einkommens. Auch die Steuerlast bleibt unverändert, da die verschiedenen Einkommensarten steuerlich grundsätzlich gleich behandelt werden (25). Andernfalls erfährt das Einkommen des Aktionärs eine entsprechende Erhöhung.

b) Bei verdeckten Gewinnausschüttungen i.e.S.

Bezieht der Aktionärgeschäftsführer beispielsweise ein Salär von Fr. 150'000.-, welches bei der Veranlagung der AG im Umfange von Fr. 50'000.- als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert wird, so hat dies in erster Linie eine Gewinnerhöhung bei der Gesellschaft zur Folge. Eine Erhöhung des steuerbaren Einkommens des Aktionärs tritt dagegen nicht ein, da bei ordnungsgemässer Versteuerung das als übersetzt erkannte Gehalt in vollem Umfange bereits steuerlich erfasst worden ist (26). Es resultiert bloss eine Umschichtung des Einkommens aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zum Beteiligungs-

25 Eine Ausnahme bilden die kantonalen Steuergesetze, nach denen natürliche Personen auf Dividenden von im Kanton ansässigen Gesellschaften keine Steuer zu entrichten haben (vgl. vorn § 2 II. C. 2. b).

26 Vgl. Prym S. 109.

ertrag. In diesem Falle wirkt sich die Feststellung der verdeckten Gewinnausschüttung mithin steuerlich nur bei der Gesellschaft aus.

Gleich verhält es sich im Ergebnis, wenn der Aktionär übersetzte Darlehens-, Miet- und Pachtzinsen sowie Lizenzgebühren oder Bürgschaftsrisikoprämien bezieht, welche nach Ansicht der Veranlagungsbehörden verdeckte Gewinnausschüttungen enthalten. Die Feststellung solcher verdeckter Gewinnausschüttungen führt deshalb nicht zur Erhöhung des bisher versteuerten Einkommens des Gesellschafters, weil die Vorteilszuwendung darin bereits in anderer Form berücksichtigt worden ist.

Lässt sich der Aktionär aber zum Beispiel für eine Liegenschaft von der AG einen übersetzten Kaufpreis auszahlen, so ist der als verdeckte Gewinnausschüttung erkannte Ueberpreis steuerlich betrachtet sowohl dem Gewinn der Gesellschaft als auch dem Einkommen des Gesellschafters hinzuzurechnen. Geht man davon aus, dass der Gesellschafter eine natürliche, nicht buchführungspflichtige Person ist (27), tritt bei ihm im Umfange der verdeckten Gewinnausschüttung Beteiligungsertrag an die Stelle einkommenssteuerfreier Einkünfte (28). Ebenso wurde der dem Gesellschafter zugeflossene Vorteil einkommenssteuerlich noch nicht erfasst, wenn die AG ihm ein Darlehen gewährt und auf dessen Rückforderung verzichtet. Auch in diesem Falle bewirkt demnach die Feststellung der verdeckten Gewinnausschüttung eine Erhöhung des bisher veranlagten Einkommens.

27 Ist der Aktionär dagegen selbst eine buchführungspflichtige Person, hat sich die Vorteilszuwendung bei ihm einkommenssteuerlich bereits ausgewirkt.

28 Wird ein Teil des Kaufpreises als Gewinnausschüttung qualifiziert, müsste dies konsequenterweise auch eine entsprechende Reduktion der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern zur Folge haben.

c) Bei Gewinnvorwegnahmen

Auch bei den Gewinnvorwegnahmen ist entsprechend der jeweiligen Sachlage zu differenzieren. Hat die AG auf gewisse Einnahmen verzichtet und damit dem Aktionär steuerlich abzugsfähige Aufwendungen erspart, so führt die Feststellung einer solchen Gewinnvorwegnahme zwar zu einer entsprechenden Erhöhung des Gewinnes bei der Gesellschaft, berührt hingegen das Einkommen des Gesellschafters nicht. Als Beispiel kann die Gewährung eines zinslosen Darlehens angeführt werden. Hierbei liegt im Umfange des angemessenen Zinssatzes eine Gewinnvorwegnahme vor, die der Erfolgsrechnung der Gesellschaft aufgerechnet werden muss. Nimmt man eine ebenso hohe offene Gewinnausschüttung an den Aktionär an, so kann dieser dafür die fingiert erbrachten Darlehenszinsen von seinem Einkommen in Abzug bringen. Mithin neutralisiert die Abzugsfähigkeit der zu leistenden Zinsen die Aufrechnung beim steuerbaren Einkommen (29).

Zu einer Einkommenserhöhung führt die Feststellung einer Gewinnvorwegnahme hingegen, wenn dem Aktionär dadurch steuerlich nicht abzugsfähige Aufwendungen erspart worden sind. Verzichtet die AG etwa auf einen angemessenen Mietzins des Aktionärs für dessen Wohnung, ist die dadurch bewirkte Gewinnvorwegnahme auch dem Einkommen des Gesellschafters aufzurechnen.

Desgleichen ist das steuerbare Einkommen des Aktionärs beim Verzicht der AG auf einen angemessenen Kaufpreis im Ergebnis um die Gewinnvorwegnahme zu erhöhen. Erwirbt der Gesellschafter von der AG Waren im effektiven Wert von Fr. 100'000.- zum Preise von Fr. 50'000.-, so ist bei der Entdeckung der verdeckten Gewinnausschüttung die Vorteilszuwendung im Differenzbetrag von Fr. 50'000.- zum bereits versteuerten Ein-

29 Vgl. Schärer, ASA 43 S. 305; Prym S. 111.

kommen hinzuzurechnen (30).

d) Bei verdeckten Gewinnausschüttungen an dem Aktionär nahestehende Personen

Als Empfänger von Gewinnausschüttungen kommt begrifflich nur eine an der betreffenden Gesellschaft beteiligte Person in Frage. Unbeteiligten Dritten fehlt dagegen das erforderliche Gewinnbezugsrecht. Bewirkt ein Aktionär in beherrschender Stellung eine verdeckte Gewinnausschüttung an eine ihm nahestehende Person, so ist die Vorteilszuwendung folgerichtig nicht nur wirtschaftlich (31), sondern auch rechtlich ihm selbst zuzuschreiben. Die verdeckte Gewinnausschüttung gehört demnach zu seinem steuerbaren Einkommen. Für die steuerliche Behandlung der entsprechenden Leistung des Aktionärs an die nahestehende Person ist auf deren wahren Rechtsgrund abzustellen. Häufig dürfte eine Schenkung vorliegen (32).

2. Auswirkungen auf die Entrichtung der Verrechnungssteuer

Gegenstand der Verrechnungssteuer auf Erträgen aus beweglichem Kapitalvermögen sind u.a. Gewinnanteile (33), gleichgültig ob es sich um offene oder verdeckte Gewinnausschüttungen handle. Da die Feststellung verdeckter Gewinnausschüttungen beim begünstigten Aktionär stets zu einer Zunahme des Einkommens in Form von Kapitalerträgen führt, müsste dies jedesmal auch die Erhöhung der entsprechenden Verrechnungssteuer nach sich ziehen, und zwar unabhängig davon, ob der

30 Anders verhält es sich wiederum, wenn der Aktionär eine buchführungspflichtige Person ist, bei der die Vorteilszuwendung durch entsprechenden Mehraufwand neutralisiert wird (vgl. das Beispiel bei Prym S. 112).

31 Vgl. vorn § 4 IV. A. 2. c).

32 Vgl. Schärrier, ASA 43 S. 307 f., mit verschiedenen Beispielen.

33 Art. 4 VStG.

nachträglich ermittelte Beteiligungsertrag einkommenssteuerlich bereits erfasst wurde oder nicht.

Die auf verdeckte Gewinnausschüttungen entfallende Verrechnungssteuer ist von der AG an die Eidgenössische Steuerverwaltung abzuliefern und anschliessend auf den Empfänger zu überwälzen (34). Art. 20 VStG lässt ausnahmsweise die Erfüllung der Steuerpflicht durch blosser Meldung der steuerbaren Leistung anstelle der Steuerentrichtung zu, wenn die Steuerentrichtung zu unnötigen Umtrieben führen würde. Dies ist in unserem Zusammenhang der Fall, "wenn die anlässlich einer amtlichen Kontrolle oder Buchprüfung geltend gemachte Steuer eine Leistung betrifft, die in einem Vorjahre fällig geworden ist" und der Leistungsempfänger sogleich Anspruch auf Rückerstattung hätte (35). Die Zulässigkeit des Meldeverfahrens ist also auf Leistungen beschränkt, die anlässlich einer amtlichen Kontrolle oder Buchprüfung aufgegriffen und für steuerbar erklärt werden. Es kann daher nicht beansprucht werden "für die im Januar fällig werdende Verrechnungssteuer auf einer im Dezember des Vorjahres fällig gewordenen und spontan zu versteuernden verdeckten Gewinnausschüttung, und schon gar nicht, wenn der Steuerpflichtige im Verzuge ist und die Steuer erst nach Ablauf des Jahres zahlt, in dem sie fällig wurde" (36). Um Leerläufe zu vermeiden, wird jedoch in der Praxis auf die Erhebung der Verrechnungssteuer verzichtet, wenn der Gesellschafter die Leistung bereits deklariert hat und die Steuer deshalb sogleich wieder zurückfordern könnte (37).

Wird eine verdeckte Gewinnausschüttung von der Eidgenössischen

34 Art. 14 VStG. Wird die Ueberwälzung unterlassen, so unterliegt der nicht überwälzte Betrag ebenfalls wieder der Verrechnungssteuer (Baumgartner S. 5). Zur Berechnung der Verrechnungssteuer in diesem Zusammenhang sei auf Prym, S. 115, verwiesen.

35 Art. 24 Abs. 1 lit. a VStV.

36 Pfund, Verrechnungssteuer N 7.3 zu Art. 20. Der Eintritt des Verzugs ist in Art. 16 VStG geregelt.

37 Vgl. Prym S. 114; Baumgartner S. 5.

schen Steuerverwaltung festgestellt, erfolgt eine entsprechende Meldung an die kantonale Veranlagungsbehörde. Sind AG und Aktionär in diesem Zeitpunkt bereits ohne die verdeckte Gewinnausschüttung rechtskräftig veranlagt, ist ein Zurückkommen auf diese Einschätzung nur noch möglich, wenn die Voraussetzungen des Nach- bzw. Strafsteuerverfahrens (38) vorliegen. In solchen Fällen wird die Verrechnungssteuer erhoben und dem Aktionär nur zurückerstattet, falls er die verdeckte Gewinnausschüttung als Einkommen versteuert (39).

3. Auswirkungen auf das AHV-pflichtige Einkommen

Die Aufdeckung einer verdeckten Gewinnausschüttung bei übersetzten Salärbezügen führt bei der Gesellschaft zu einer Erhöhung des steuerbaren Ertrages, während sie beim Aktionär eine Umschichtung seiner Einkünfte bewirkt, indem Beteiligungsertrag an die Stelle von Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit tritt. Es resultiert mithin eine Reduktion des AHV-pflichtigen Einkommens, da sich Ertragssteuer und Sozialversicherungsbeiträge gegenseitig grundsätzlich ausschliessen. Bei nachträglicher Feststellung können die auf dem als verdeckte Gewinnausschüttung erkannten Salärteil entrichteten Sozialversicherungsbeiträge daher zurückgefordert werden (40).

38 Vgl. vorn I. A. 2. a).

39 Vgl. Baumgartner S. 6; Prym S. 114.

40 Vgl. Schärer, ASA 43 S. 304; ferner Herold, StR 32 S. 218.

§ 8 Vermeidung und Rückgängigmachung der verdeckten Gewinnausschüttung

I. Vermeidung durch Anwendung von Steuerklauseln

A. Begriff

Steuerklauseln sind Vertragsbestimmungen, nach denen ein oder mehrere Rechtsgeschäfte ganz oder teilweise als aufgelöst bzw. von Anfang an unwirksam angesehen werden sollen, falls die für die Einschätzung zuständige Behörde an die betreffenden Rechtsgeschäfte ungünstigere Steuerfolgen knüpft, als die Parteien vorausgesetzt haben (1). In dieser Arbeit werden darunter Vertragsklauseln verstanden, in denen AG und Aktionär vereinbaren, ein Vertrag solle nur dann Wirksamkeit erlangen, wenn auch nach Auffassung der Steuerbehörden der Leistung der Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, mit dem Geschäft also keine verdeckte Gewinnausschüttung erfolgt.

B. Ursache und Zweck

Der "geschäftsmässig begründete" Wert von zwischen Gesellschafter und AG ausgetauschten Leistungen lässt sich in einzelnen Fällen nur sehr schwer bestimmen (2). Daher sind die Steuerfolgen, die die Einschätzungsbehörden an die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte knüpfen, nicht voraussehbar. Dies vor allem auch deshalb, weil die bei der Beurteilung verwendeten "Erfahrungs-" und "Vergleichszahlen" (3) den Steuer-

1 Vgl. Tipke/Kruse, AO Tz 21 zu § 41; Prym S. 78 f.

2 Vgl. vorn § 5.

3 Vgl. vorn z.B. § 5 II. B. 2. c) aa).

pflichtigen nicht bekannt gegeben werden. Solche Ungewissheit hindert den Steuerpflichtigen daran, seine Verhältnisse steuerlich optimal zu gestalten. Aus diesen Gründen entsteht das Bedürfnis, den Sachverhalt in der Schwebe zu halten und die Rechtsgeschäfte erst nach Beurteilung durch die Einschätzungsbehörden für die Besteuerung verbindlich zu fixieren (4). Ob Steuerklauseln zur Erreichung dieses Zweckes geeignet seien, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

C. Arten und Rechtsnatur

1. Einführung

Zur Erreichung des mit Steuerklauseln verfolgten Zweckes bieten sich zivilrechtlich verschiedene Möglichkeiten. Es sind vor allem zwei unterschiedliche Formulierungen ins Auge zu fassen. Nach der einen soll ein Rechtsgeschäft als ganz oder teilweise aufgehoben oder als nicht abgeschlossen angesehen werden, wenn sich herausstellt, dass die Steuerbehörden darin eine verdeckte Gewinnausschüttung erblicken. Es ist aber auch denkbar, dass die Verbindlichkeit eines Vertrages davon abhängig gemacht wird, dass nach Auffassung der Einschätzungsbehörden darin keine verdeckte Gewinnausschüttung liegt.

2. Auflösend bedingte Rechtsgeschäfte

Wird die gänzliche oder teilweise Auflösung eines Rechtsgeschäftes vom Entscheid der Steuerbehörden über das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung abhängig gemacht, so ist darin nach einer verbreiteten Ansicht eine auflösende Bedin-

4 Vgl. auch Prym S. 77 f.

gung (5) im Sinne von Art. 154 Abs. 1 OR zu sehen. Die Annahme einer solchen Resolutivbedingung hindert den Eintritt der Wirksamkeit des Vertrages nicht. Dieser entfaltet während des Schwebens der Bedingung die gleichen Wirkungen wie ein unbedingter. Wird die Bedingung nie erfüllt, so unterscheidet er sich in seiner Wirksamkeit überhaupt nicht von einem unbedingten. Erst mit Erfüllung der Bedingung fällt der Vertrag dahin, und zwar in der Regel ohne Rückwirkung (6).

3. Uneigentlich bedingte Rechtsgeschäfte

Nach zutreffender zivilrechtlicher Würdigung liegt bei genauer Betrachtung aber keine echte Bedingung vor, wenn die Parteien verabreden, dass die Wirksamkeit eines Vertrages von der künftigen Entscheidung der Einschätzungsbehörden abhängen soll. Vielmehr handelt es sich dabei um eine sogenannte "uneigentliche Gegenwartsbedingung", weil die Rechtswirkungen nicht von einem künftigen, objektiv ungewissen Ereignis abhängig sind (7). Wohl stellt die endgültige Entscheidung der Steuerbehörde über die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung ein zukünftiges Ereignis dar; dieses ist aber nicht Inhalt der Bedingung. Inhalt der Bedingung ist die Antwort auf die Frage, ob die betreffende Leistung eine verdeckte Gewinnausschüttung enthalte oder nicht. Die steuerrechtliche Lage ist zwar für die Parteien - also subjektiv - ungewiss, es fehlt jedoch am für die Bedingung charakteristischen Merkmal der objektiven Ungewissheit. Ob die Kriterien einer verdeckten Gewinnausschüttung erfüllt sind oder nicht und ob der Vertrag demzufolge unwirksam ist oder nicht, steht nämlich objektiv von Anfang an fest, so dass man solche Klauseln

-
- 5 Vgl. Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41; Prym S. 85; Furkel, BB 1973 S. 1547, sowie die an diesen Stellen zitierte Literatur.
- 6 Becker N 4 ff. zu Art. 154. Anders verhält es sich, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Vertrag bei Eintritt der Bedingung rückwirkend dahinfällt (Art. 154 Abs. 2 OR); vgl. dazu nachstehend 3. a.E.
- 7 So Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41, sowie dort zitierte Autoren.

besser als Voraussetzungen des Vertrages bezeichnen würde (8). Der typische Schwebezustand kann unter diesen Umständen gar nicht eintreten, weshalb das Recht der Bedingung nicht zur Anwendung kommt (9). Beim Eintritt der uneigentlichen Gegenwartsbedingung ist das Rechtsgeschäft folglich als von vornherein ganz oder teilweise unwirksam zu behandeln, während es andernfalls von Anfang an volle Wirksamkeit entfaltet (10).

Gleich ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Steuerklausel als echte auflösende Bedingung betrachtet wird (11), die Parteien aber vereinbaren, dass das Rechtsgeschäft mit Eintritt der Bedingung rückwirkend dahinfallen soll (12). In diesem Falle wird das Rechtsgeschäft zwar zunächst wirksam, ist aber durch den Eintritt der Bedingung als von Anfang an unwirksam zu betrachten.

4. Aufschiebend bedingte Rechtsgeschäfte

Wird die Verbindlichkeit eines Rechtsgeschäftes davon abhängig gemacht, dass es auch nach Ansicht der Einschätzungsbehörden keine verdeckte Gewinnausschüttung enthält, so kann darin eine Suspensivbedingung im Sinne von Art. 151 OR erblickt werden (13). Danach wird die Vereinbarung erst mit Eintritt der Bedingung wirksam.

8 Vgl. von Tuhr/Escher S. 259.

9 Vgl. Oser/Schönenberger N 8 Vorbem. zu Art. 151-157; von Tuhr/Escher S. 259; Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41.

10 Dies stellen Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41, für das deutsche Recht fest, indem sie die Rechtslage mit derjenigen bei Dissens oder anfänglicher Unmöglichkeit vergleichen.

11 Vgl. vorstehend 2.

12 Eine solche Vereinbarung ist nach Art. 154 Abs. 2 OR zulässig (Becker N 8 zu Art. 154). Vgl. auch Prym S. 86.

13 So Prym S. 79 f.

D. Steuerliche Beachtlichkeit

1. Zeitpunkt des Zufließens von Einkommen

Das Einkommen ist der Berechnungsperiode zuzurechnen, in der es dem Steuerpflichtigen zufließt. Die Beachtlichkeit von Steuerklauseln ist daher grundsätzlich von der Frage abhängig, unter welchen Voraussetzungen und wann ein Bestandteil des Einkommens steuerrechtlich als zugeflossen zu betrachten ist. Den schweizerischen Steuergesetzen kann keine diesbezügliche Regelung entnommen werden. Doktrin und Praxis stellen für die Begründung der Einkommenssteuerpflicht grundsätzlich auf den Erwerb neuer Rechte ab, wobei sich der Rechts-erwerb vorwiegend nach zivilrechtlichen Vorschriften beurteilt (14).

In zeitlicher Hinsicht ist ein Vermögenswert als zugeflossen und damit für die Einkommenssteuer relevant zu betrachten, wenn der Pflichtige wirtschaftlich frei darüber verfügen kann. Diese Verfügungsmöglichkeit liegt vor, sobald der Empfänger entweder einen festen Rechtsanspruch erworben oder den Vermögensbestandteil tatsächlich empfangen hat. Beide Ereignisse, der Forderungserwerb wie der Eigentumserwerb, sind an sich zur Auslösung der Steuerpflicht geeignet. Nach der in der Lehre mehrheitlich vertretenen Auffassung wird indessen regelmässig bereits die Begründung eines festen Rechtsanspruches auf den Vermögensvorteil als einkommensbildend bezeichnet (15). Immerhin gilt aus praktischen Gründen ausnahmsweise der Zeitpunkt der Erfüllung bzw. des tatsächlichen Erwerbes für die Realisierung als massgebend (16, 17).

-
- 14 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 9 Vorbem. zu §§ 19-32.
15 Vgl. Känzig, Wehrsteuer N 6 f. zu Art. 21, N 2 zu Art. 41; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 19 ff. Vorbem. zu §§ 19-32; Grüniger/Studer S. 181; Gruber N 10 zu Art. 26; Masshardt N 5 zu Art. 21; BGr vom 5.10.1951, ASA 20 S. 246 f.
16 Zur Illustration sei auf die Erläuterung solcher Fälle bei Reimann/Zuppinger/Schärrer, N 22 Vorbem. zu §§ 19-32, ./.

Besonderer Beachtung bedarf die Anwendung dieser Grundsätze auf den Erwerb unsicherer Rechte. Schwierigkeiten ergeben sich vor allem dann, wenn dem Pflichtigen Einkommensteile zufließen, deren Rechtsgrund sich noch nicht verwirklicht hat bzw. wieder dahinfällt, so dass diese nach Ablauf der Berechnungsperiode wieder zurückerstattet werden müssen. Soll unter diesen Umständen auf das tatsächliche Zufließen des Vermögenswertes oder auf die definitive Entstehung des Rechtsgrundes abgestellt werden? Diese Fragen sind bei der Behandlung bedingter Rechtsgeschäfte von ausschlaggebender Bedeutung.

2. Steuerpflicht bei auflösend bedingten Rechtsgeschäften

Zur Illustration des diesen Ausführungen zugrundeliegenden Sachverhaltes diene folgendes Beispiel:

Zwischen AG und Mehrheitsaktionär wird eine Vereinbarung abgeschlossen, wonach dieser Anspruch auf eine Gratifikation von Fr. 50'000.- hat. Diese Vereinbarung enthält die Klausel, dass die Zuwendung der Gratifikation in dem Umfange ungültig sein soll, in welchem die Veranlagungsbehörden darin eine verdeckte Gewinnausschüttung erblicken. Trotz dieses Vorbehaltes der Rückerstattung wird die Gratifikation dem Mehrheitsaktionär unmittelbar nach Vertragsabschluss bar ausbezahlt bzw. auf seinem Konto gutgeschrieben. Anlässlich der Veranlagung von AG und Aktionär nach Ablauf der Berechnungsperiode qualifiziert die Einschätzungsbehörde einen Teil der Gratifikation als verdeckte Gewinnausschüttung.

-
- 16 Forts. Grüninger/Studer, S. 182, und Känzig, Wehrsteuer N 3 zu Art. 41, verwiesen.
- 17 Eine Ausnahme von diesen allgemeinen Regeln gilt für die buchführenden Steuerpflichtigen, bei welchen aus Zweckmässigkeitsgründen der Zeitpunkt der Verbuchung einer Einnahme - unabhängig von der Fälligkeit - als massgebend betrachtet wird (Reimann/Zuppinger/Schärer N 21 Vorbem. zu §§ 19-32; Masshardt N 5 zu Art. 21).

tung, welcher daraufhin vereinbarungsgemäss zurückbezahlt bzw. auf dem Konto storniert wird.

Zunächst ist davon auszugehen, die Steuerklausel stelle eine auflösende Bedingung dar. Die aus einer resolutiv bedingten Vereinbarung berechnigte Partei erwirbt mit Vertragschluss einen vollstreckbaren Anspruch auf die Vertragsleistung (18). Trotz des Vorbehaltes der Rückgabe entsteht mithin zunächst ein fester Rechtsanspruch im eben umschriebenen (19) steuerrechtlichen Sinne (20). Die für die Realisierung geforderte freie Verfügungsmöglichkeit des Steuerpflichtigen ist folglich vorerst bezüglich der ganzen Gratifikation gegeben. Erst mit Eintritt der Bedingung, also mit der Feststellung einer verdeckten Gewinnausschüttung, fällt das Rechtsgeschäft in diesem Umfang dahin, aber nur mit Wirkung für die Zukunft. Stellt man auf die zivilrechtliche Lage ab, so entsteht demnach mit Abschluss des resolutiv bedingten Vertrages ein steuerrelevanter Tatbestand (21). Die mit der Steuerklausel beabsichtigten Wirkungen finden bei dieser Betrachtungsweise keine Beachtung.

Wird allein auf die tatsächlichen Vorgänge abgestellt, so führt dies zum gleichen Resultat. Die dem Aktionär gutgeschriebene oder bar ausbezahlte Gratifikation muss im Zeitpunkt der Gutschrift bzw. der Auszahlung als zugeflossen angesehen werden, und zwar unabhängig von einer eventuellen Rückgabepflicht (22). Die Frage nach der steuerlichen Behandlung einer teilweisen Rückgabe der Gratifikation ist nach denselben Grundsätzen zu beantworten wie bei der Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen durch Bilanzänderung (23). In der Praxis besteht die Tendenz, eine ausserhalb der

18 Art. 154 Abs. 1 OR; vgl. dazu vorn C. 2.

19 Vgl. vorstehend I.

20 Vgl. Grüniger/Studer S. 181 und 184.

21 Vgl. dazu BGr vom 21.10.1949, ASA 19 S. 293 ff.; gl.A. Prym S. 85.

22 Vgl. Urteil des FG Düsseldorf vom 13.3.1963, Wirtschaftsprüfung 16 S. 608.

23 Näheres dazu hinten II.

Berechnungsperiode erfolgte Rückgabe von früher realisierten Einkommensteilen unbeachtet zu lassen (24).

3. Steuerpflicht bei uneigentlich bedingten Rechtsgeschäften

Etwas anders verhält es sich bei Annahme einer uneigentlichen Gegenwartsbedingung (25). Stellt die Einschätzungsbehörde bei der Veranlagung fest, dass die Leistung der AG eine verdeckte Gewinnausschüttung enthalte, so tritt die uneigentliche Bedingung damit ein, und das Rechtsgeschäft muss als von Anfang an unwirksam betrachtet werden (26). Ein fester Rechtsanspruch des Aktionärs ist im Umfange der verdeckten Gewinnausschüttung nie entstanden und damit der steuerlich relevante Tatbestand nicht erfüllt. Im übrigen ist die Vereinbarung von Anfang an wie eine unbedingte zu behandeln. Mithin erscheint bei dieser Interpretation die Steuerklausel als taugliches Mittel zur Vermeidung der Besteuerung von verdeckten Gewinnausschüttungen (27).

Gleich verhält es sich, wenn die Steuerklausel als auflösende Bedingung betrachtet wird, die Parteien aber für den Fall des Eintrittes der Bedingung ausdrücklich die rückwirkende Auflösung vereinbart haben (28).

Wird jedoch wiederum auf den tatsächlichen Erwerb abgestellt, so ist die Gratifikation im Zeitpunkt der Auszahlung bzw. Gutschrift als zugeflossen anzusehen - unabhängig von einer eventuellen Rückgabepflicht (29).

-
- 24 Dies geht aus LU StRK vom 11.7.1967, ZBl 69 S. 128 ff., hervor. Vgl. aber auch die Kritik bei Grüninger/Studer S. 184.
- 25 Der zugrundeliegende Sachverhalt entspricht dem unter 2. dargestellten.
- 26 Vgl. zu den rechtlichen Aspekten im einzelnen vorn C. 3.
- 27 So auch Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41.
- 28 Vgl. vorn C. 3. a.E. Für die steuerliche Gleichbehandlung sind auch Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41.
- 29 Vgl. vorstehend 2. a.E. sowie die in Anm. 22 und 24 zitierten Entscheide.

4. Steuerpflicht bei aufschiebend bedingten Rechtsgeschäften

Als suspensive Bedingung ist die Steuerklausel zu qualifizieren, wenn in unserm Beispiel (30) die Verbindlichkeit der Vereinbarung über die Gratifikation vom künftigen Entscheid der Einschätzungsbehörden abhängig gemacht wird (31). Im Gegensatz zu den vorherigen Annahmen ist hier davon auszugehen, dass die Gesellschaft aufgrund der schwebenden Verpflichtung keine Leistung erbringt. Da sich aus einem solchen Geschäft zunächst auch kein fester Rechtsanspruch auf die Geldleistung ergibt, besteht kein Anlass zur steuerlichen Erfassung (32).

Nimmt die Gesellschaft aber im Umfang der schwebenden Verpflichtung eine Rückstellung vor, so werden die Einschätzungsbehörden dadurch gezwungen, deren geschäftsmässige Begründung zu überprüfen (33). Anerkennen sie die vorgesehene Gratifikation dabei als Aufwand, so wird die Rückstellungsbildung zu Lasten der Jahresrechnung als gerechtfertigt erachtet. Gelangen sie aber zur Auffassung, es handle sich ganz oder teilweise um eine verdeckte Gewinnausschüttung, so wird die Rückstellung in diesem Umfang aufgelöst und zum Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung hinzugerechnet. Damit ist die gewünschte Entscheidung über den Charakter des fraglichen Geschäftes herbeigeführt. Es ergibt sich also, dass unter diesen Umständen die Steuerklausel mit suspensiver Bedingung ein taugliches Mittel zur Vermeidung verdeckter Gewinnausschüttungen darstellt (34).

30 Vgl. vorn 2.

31 Vgl. vorn C. 4.

32 So Grüninger/Studer S. 184 und Reimann/Zuppinger/Schärrier N 13 Vorbem. zu §§ 19-32. Vgl. auch ZH ORK vom 15.6.1946, RB 1946 Nr. 6: aus diesem Entscheid geht allerdings nicht klar hervor, dass es sich dabei um ein suspensiv bedingtes Rechtsgeschäft handelt.

33 Vgl. Art. 49 Abs. 1 lit. c WStB und Känzig, Wehrsteuer N 173 zu Art. 49; Reimann/Zuppinger/Schärrier N 266 zu § 19 lit. b.

34 Vgl. auch Prym S. 84 f.

Mit der Erfüllung der Bedingung, d.h. mit dem Entscheid der Einschätzungsbehörden, erwächst dem Aktionär ein fester Anspruch aus dem Rechtsgeschäft. Erst in diesem Zeitpunkt oder allenfalls bei der tatsächlichen Auszahlung der als Gewinnungskosten anerkannten Gratifikation verwirklicht sich also der steuerauslösende Sachverhalt. Dies führt unvermeidlich zu einer untragbaren Situation, indem die Gratifikation dem Aktionär nicht in der gleichen Berechnungsperiode zufließt, wie sie bei der AG als Aufwand zugelassen worden ist. Unbefriedigend erscheint dieses Resultat auch deshalb, weil die Gratifikation, die einen Lohnbestandteil darstellt, zusammen mit dem übrigen Teil des Lohnes beim Empfänger dann zur Besteuerung gelangen sollte, wenn die Arbeitsleistung dafür erbracht worden ist. Wann der definitive Einschätzungsentcheid - allenfalls nach Absolvierung eines über mehrere Instanzen führenden Rechtsmittelverfahrens - gefällt wird, ist überdies anfänglich völlig ungewiss. Die durch derartige Rückstellungen bewirkte Unsicherheit über den Zeitpunkt der steuerlichen Erfassung der als Unkosten behandelten Gratifikation beim Empfänger dürfte mithin zur praktischen Vermeidung so lautender Steuerklauseln führen (35). Ihre weitere Berücksichtigung ist daher nicht von Interesse.

5. Abschliessende Stellungnahme

Zivilrechtlich lässt sich gegen die Zulässigkeit von Steuerklauseln und die damit bezweckte teilweise oder gänzliche Rückgängigmachung von Geschäftsvorfällen nichts einwenden. Das ergibt sich aus der weitgehenden Vertragsfreiheit (36).

-
- 35 Selbst Prym, S. 79 f. und S. 84 f., vermag kein praktisches Beispiel solcher Art nachzuweisen. Im übrigen Schrifttum wird die Möglichkeit einer Steuerklausel mit aufschiebender Bedingung häufig gar nicht in Betracht gezogen: vgl. Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41; Furkel, BB 1973 S. 1547 f.
- 36 So Grass, StuW 1967 S. 462, für das deutsche Recht.

Die Beachtlichkeit von Steuerklauseln hängt davon ab, ob die steuerlichen Folgen nach der zivilrechtlichen Lage oder nach tatsächlichen Vorgängen beurteilt werden. Folgt man der Auffassung, die Steuerfolgen seien der schuldrechtlichen Rechtslage anzupassen, so finden die mit den Steuerklauseln verfolgten Ziele in zwei Fällen Beachtung: im einen, wenn man die Steuerklausel als (uneigentliche) Gegenwartsbedingung qualifiziert; im andern bei Annahme einer auflösenden Bedingung, falls die Parteien die Rückwirkung vereinbart haben (37). Gegen eine solche - vom rechtstheoretischen Standpunkt aus vertretbare - Betrachtungsweise erheben sich aber schwerwiegende Bedenken insbesondere praktischer Natur.

Zunächst erscheint es fraglich, allein die schuldrechtlichen Ansprüche ohne Berücksichtigung der tatsächlich erbrachten Leistungen als Grundlage für die Besteuerung zu betrachten, wenn man sich vor Augen hält, dass die Rechtsgestaltung in den betreffenden Fällen stets ungewöhnlich ist (38). Die mit Steuerklauseln bewirkte vorläufige Rechtsgestaltung lässt sich nur durch das Fehlen gegensätzlicher Interessen der am Geschäft beteiligten Parteien erklären und ist deshalb zwischen Fremden nicht denkbar (39). Sodann kann es den Parteien nicht zugestanden werden, die definitive Gestaltung ihrer Rechtsgeschäfte den Veranlagungsbehörden zu übertragen, auf was die Beachtung der Steuerklauseln praktisch hinauslaufen würde. Als Grundlage für die Steuerpflicht dürfen allein die dem wirklichen Willen der Parteien entsprechenden Geschäftsvorfälle angesehen werden. Haben sie sich für eine Gestaltung entschieden, so müssen sie das Risiko tragen, dass die Veranlagungsbehörden ungünstigere Steuerfolgen anordnen, als sie sich vorgestellt haben. Andernfalls lässt sich voraussehen, dass vorsichtige Steuerpflichtige ihre Geschäfte regelmässig

37 Vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen vorn unter 3.

38 Vgl. vorn § 4 IV.

39 So Grass, StuW. 1967 S. 456 unter Berufung auf FG Düsseldorf vom 13.3.1963 (zit. in Anm. 22).

unter Vorbehalt abschliessen würden (40). Solches Vorgehen stellt bei der herrschenden Unsicherheit und weitgehenden Unvorhersehbarkeit der Rechtsanwendung zwar die einzige Möglichkeit dar, die aus steuerlicher Sicht günstigste Form zu wählen. Dennoch geht es nicht an, dass die Parteien die rechtsgeschäftlichen Vorgänge mittels Steuerklauseln in der Schwebe halten (41), weil es den Veranlagungsbehörden nicht möglich ist, eine grössere Zahl solcher schwebenden Rechtsgeschäfte über längere Zeit zu kontrollieren (42).

Aus diesen - vornehmlich veranlagungstechnischen - Gründen dürfte die Beachtlichkeit von Steuerklauseln in der schweizerischen Einschätzungspraxis verneint werden (43). Wie dies in analogen Fällen schon zum Ausdruck kam (44), passt die Rechtsprechung die Steuerfolgen bei derartiger Rechtsgrundlage dem Vollzug der Rechtsgeschäfte an. Eine tatsächlich ausgerichtete Leistung kann bei solcher Betrachtungsweise nachträglich nicht als ungeschehen angesehen werden, unabhängig von den zugrundeliegenden obligationenrechtlichen Verhältnissen. Die Verwirklichung des Tatbestandes des tatsächlichen Zufließens ist für die Besteuerung massgebend und fortan der Disposition der beteiligten Steuerpflichtigen entzogen. Wird eine Leistung freiwillig ganz oder teilweise zurückerstattet, so ist dies steuerlich als neuer Vorgang zu behandeln. Inso-

40 Vgl. Grass, StuW 1967 S. 464.

41 Gl.A. Furkel, BB 1973 S. 1547 Anm. 78.

42 Vgl. Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41.

43 So auch Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 53 a.E. zu Art. 49, und neuerdings Zuppinger/Schärer/Fessler/Reich N 81b zu § 45. Gl.M. für das deutsche Steuerrecht Grass, StuW 1967 S. 463 ff., und Furkel, BB 1973 S. 1547 Anm. 78; a.A. aber Tipke/Kruse, AO Tz 22 zu § 41, welche Steuerklauseln für ein legitimes Mittel zur Begegnung der Rechtsunsicherheit halten, denen die Wirksamkeit nicht versagt werden könne.

44 Vgl. insbesondere LU StRK vom 11.7.1967, ZBl 69 S. 128 ff.; aber auch ZH ORK vom 15.6.1946, RB 1946 Nr. 6; BE RK vom 1.3.1977, NST 31 S. 142 f.

fern liegt das Problem ähnlich wie bei der Rückgängigmachung einer verdeckten Gewinnausschüttung durch Bilanzänderung. Es kann auf die dafür geltenden Grundsätze verwiesen werden (45).

Vom steuertaktischen Standpunkt aus betrachtet, erweist sich die Verwendung von Steuerklauseln ohnehin in jedem Falle als unklug, weil damit die Einschätzungsbehörden geradezu veranlasst werden, einen Teil der betreffenden Leistung der AG als unangemessen zu behandeln. Immerhin darf nicht so weit gegangen werden, dass eine solche Vereinbarung allein schon einen ausreichenden Grund für die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung darstellt (46).

II. Rückgängigmachung durch Bilanzänderung

Die einfachste Möglichkeit, den steuerlichen Auswirkungen der verdeckten Gewinnausschüttungen entgegenzuwirken, liegt in der Rückgängigmachung der übermässigen Leistung. Unbestrittenermassen können Geschäftsvorfälle während des Geschäftsjahres in steuerrechtlich wirksamer Weise nach Belieben rückgängig gemacht werden (47). Dies gilt auch nach Abschluss des Geschäftsjahres, solange Bilanz und Erfolgsrechnung von der Generalversammlung nicht genehmigt worden sind. Erfolgt eine solche Aenderung indessen nach Verabschiedung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung, wird ein neuer Bilanzabnahmebeschluss erforderlich (48).

Sind Bilanz und Erfolgsrechnung zusammen mit der Steuererklärung aber den Einschätzungsbehörden eingereicht, so muss sich die Steuerpflichtige bei ihrer im Rahmen der handels-

45 Nachstehend II.

46 Grass, StuW 1967 S. 457.

47 Vgl. Studer S. 98.

48 Känzig, Wehrsteuer N 33 zu Art. 49, unter Hinweis auf Art. 698 Ziff. 3 OR.

rechtlichen Vorschriften ordnungsgemäss aufgestellten Jahresrechnung behaften lassen. Deshalb sind Bilanzänderungen (49) nach Einreichung grundsätzlich ausgeschlossen und werden in der Praxis nur in Ausnahmefällen zugelassen. Dagegen können sogenannte Bilanzberichtigungen - etwa von Verstössen gegen die zwingenden Vorschriften des Handelsrechts - in jedem Stadium des Veranlagungsverfahrens steuerlich wirksam vorgenommen werden (50). Bilanzänderungen sind nur in den Fällen anzuerkennen, in denen ein Behaften des Steuerpflichtigen am gewählten Bilanzansatz mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar wäre. Letzteres ist regelmässig der Fall, wenn die nachträgliche Korrektur erfolgt, solange das Veranlagungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist (51). Treu und Glauben verbieten indessen Bilanzänderungen, die lediglich aus Steuerersparnisgründen vorgenommen werden (52).

Die Anwendung dieser Grundsätze führt zum Schluss, dass verdeckte Gewinnausschüttungen nach Einreichung der Steuererklärung mit dem Jahresabschluss nicht mehr rückgängig gemacht werden können, da mit der Stornierung in der Regel günstigere Steuerfolgen angestrebt werden (53). Es gilt aber zu beachten, dass die Praxis eine steuerlich wirksame Rückgängigmachung von Geschäftsvorfällen ausnahmsweise auch nach Einreichung von Steuererklärung und Bilanz zulässt, wenn sich der Steuerpflichtige im entschuldbaren Irrtum über die steuer-

49 "Eine Bilanzänderung besteht in der Ersetzung eines in einer genehmigten Jahresbilanz eingestellten handelsrechtskonformen Bilanzansatzes durch einen andern handelsrechtskonformen Bilanzansatz" (Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 33 zu Art. 49).

50 Vgl. Känzig; Wehrsteuer EB 1972 N 32 zu Art. 49; Studer S. 99.

51 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 437 zu § 19 lit. b; Känzig, Wehrsteuer N 33 zu Art. 49.

52 Vgl. Cagianut, ASA 37 S. 145 Anm. 20; Känzig, Wehrsteuer N 33 zu Art. 49; Studer S. 99.

53 So Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 33 zu Art. 49, mit Verweisung auf LU StRK vom 11.7.1967, ZBl 69 S. 128 ff.; bestätigt in BE RK vom 1.3.1977, NST 31 S. 142 f.; vgl. auch Weber S. 92 f.

lichen Folgen seiner Transaktionen befunden hat (54). Dies darf angenommen werden, wenn feststeht, dass die Beteiligten das betreffende Rechtsgeschäft in Kenntnis der Steuerfolgen nicht durchgeführt hätten. Ist diese Voraussetzung bezüglich einer verdeckten Gewinnausschüttung erfüllt, so muss die nachträgliche Rückgängigmachung durch Bilanzänderung ausnahmsweise zulässig sein (55).

54 Vgl. Känzig, Wehrsteuer N 33 zu Art. 49, der darauf hinweist, dass die Veranlagungsbehörden in derartigen Fällen hie und da selber eine Bilanzänderung vorschlagen.

55 Vgl. dazu auch Prym S. 92 f.

2. Kapitel: Doppelbelastung beim zurückbehaltenen Gewinn

§ 9 Einführung

I. Zurückbehaltung von Gewinn zur Selbstfinanzierung

A. Im allgemeinen

Unter Selbstfinanzierung versteht man den Vorgang, bei welchem Gewinne zurückbehalten und zu Finanzierungszwecken verwendet werden. Verschiedene Autoren (1) stellen - unabhängig voneinander - zu Recht fest, dass in der Schweiz Unternehmungen in der Form der AG in überaus starkem Masse Selbstfinanzierung betreiben. Einerseits führen rein wirtschaftliche Gründe zu einer solchen Geschäftspolitik. Dabei stehen je nach der Sachlage etwa die Förderung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit, die Stärkung der Krisenfestigkeit und/oder die Erhöhung der Liquidität bzw. Kreditwürdigkeit im Vordergrund. Andererseits legen auch steuerliche Ueberlegungen das Streben nach vermehrter Selbstfinanzierung nahe. So hat nach dem bei uns vorherrschenden System der Besteuerung nach Ertragsintensität die Erhöhung des Verhältniskapitals eine Senkung des Ertragssteuersatzes zur Folge (2). Ueberdies bleiben die bei der Gesellschaft zurückbehaltenen Gewinne solange der Zweitbesteuerung beim Gesellschafter entzogen, als sie nicht ausgeschüttet werden (3).

B. Bei Familienaktiengesellschaften im besonderen

Bei den hier ins Auge gefassten Familienaktiengesellschaften

1 Vgl. David S. 103 f.; Böckli, ASA 42 S. 380 ff.; Rüttimann S. 83.

2 Vgl. Rüttimann S. 83.

3 Vgl. David S. 104.

besteht im Vergleich zu den Publikumsgesellschaften in der Regel noch eine verstärkte Tendenz zur Gewinnthesaurierung (4). Auch dafür lassen sich verschiedene Gründe anführen. So sind Familiengesellschaften häufig geradezu auf Selbstfinanzierung angewiesen, da sie wegen des eingeschränkten Gesellschafterkreises nicht in der Lage sind, ihr zusätzliches Betriebskapital auf dem Kapitalmarkt zu beschaffen. Im übrigen können sie ganz oder weitgehend auf Gewinnausschüttungen verzichten, ohne sich ihre Kapitalbeschaffungsmöglichkeiten weiter zu beschneiden (5). Demgegenüber sind Publikumsgesellschaften, die ihr notwendiges Betriebskapital bei einem ihnen unbekannten Kreis von Geldgebern suchen, im Hinblick auf ihre Kreditwürdigkeit gezwungen, stets einen angemessenen Teil des erwirtschafteten Gewinnes auszuschütten (6).

Nach einer verbreiteten Ansicht (7) werden Gewinnausschüttungen in Familienaktiengesellschaften aber hauptsächlich deshalb unterlassen, um die steuerliche Doppelbelastung zu vermeiden, während die Erreichung eines möglichst hohen Grades der Selbstfinanzierung von untergeordneter Bedeutung sei. Unter diesem Gesichtspunkt sind Gewinnthesaurierungen für den Aktionär attraktiv, wenn sich dadurch die Einkommenssteuer auf den zurückbehaltenen Gewinnen nicht nur verschieben, sondern gänzlich vermeiden lässt (8).

-
- 4 Vgl. David S. 109; Cagianut, ASA 42 S. 442; kritisch dazu Böckli, ASA 42 S. 380 ff. Statistische Erhebungen zu dieser Frage fehlen weitgehend. Im Kanton SG sollen im Jahre 1968 die Hälfte aller gewinnerzielenden AG und GmbH keine Ausschüttungen vorgenommen haben (David S. 104 Anm. 168), während im Kanton SH im Jahre 1971 keine gewinnerzielende AG eine Nulldividende aufwies (Böckli, ASA 42 S. 381 Anm. 33).
- 5 David S. 109 (mit Verweisung auf Fromer, ZBl 71 S. 2); vgl. auch ZH ORK vom 24.2.1956, ZBl 57 S. 315.
- 6 Attinger S. 166; vgl. auch vorn § 3 I., insbes. Anm. 2.
- 7 Vgl. David S. 109; Cagianut, ASA 42 S. 442.
- 8 Vgl. im einzelnen hinten § 11 I. B.

Als Grund für die geringen Gewinnausschüttungen bei Familienaktiengesellschaften wird im weiteren angeführt, die Aktionäre solcher Gesellschaften können auch durch "hohe Salärzahlungen, Spesenvergütungen, Darlehenszinsen usw." am Unternehmensgewinn partizipieren (9). Wir haben dagegen gezeigt, dass die Einschätzungsbehörden derartige Gewinnverwendungen durch die Erfassung verdeckter Gewinnausschüttungen verhindern (10).

C. Auswirkungen auf die steuerliche Doppelbelastung

In den schweizerischen Steuergesetzen ist das System der steuerlichen Doppelbelastung verankert, wonach Unternehmungsgewinne bei der Gesellschaft und beim Aktionär besteuert werden sollen (11). Die Besteuerung beim Aktionär erfolgt jedoch zunächst nur insoweit, als die Gesellschaftsgewinne ausgeschüttet werden. Die Steuerordnungen setzen demnach voraus, dass stets ein grosser Teil des erwirtschafteten Ertrages zur Ausschüttung gelangt. Ist dies nicht der Fall, kommt auch die Doppelbelastung nicht im gewollten Umfange zum Tragen.

Die gesetzgeberischen Bestrebungen galten jedoch immer dem Ziel, ein System der lückenlosen Doppelbelastung zu schaffen, damit auch der in der Gesellschaft zurückbehaltene Gewinn als Einkommen des Aktionärs besteuert werden kann. Uns interessieren die verschiedenen gesetzlichen Lösungen, die im Hinblick auf diese Zielsetzung gewählt wurden.

9 David S. 109 (mit Verweisungen); vgl. auch Cagianut, ASA 42 S. 442.

10 Vgl. dazu vorn § 5.

11 Vgl. vorn § 2 II.

II. Sicherstellung der Doppelbelastung beim zurückbehaltenen Gewinn

A. Realisation des Wertzuwachses

1. Einführung

Zurückbehaltener Gewinn findet seinen Niederschlag in einem Wertzuwachs der Beteiligungsrechte. Der Aktionär hat verschiedene Möglichkeiten, diesen Mehrwert zu realisieren. Ein aussagekräftiger Vergleich einzelner Steuerordnungen ergibt sich daher nur, wenn alle Realisationsvorgänge im Zusammenhang betrachtet werden. Namentlich sind die Veräußerung (12) der Beteiligungsrechte, die Liquidation der Gesellschaft und die Ausgabe von Gratisaktien sowie Gratisnennwerterhöhungen zu berücksichtigen.

Wir wollen uns hier darauf beschränken, die in der Steuerrechtslehre und der Veranlagungspraxis hinsichtlich der Steuerfolgen der einzelnen Realisationsvorgänge vertretenen Auffassungen aufzuzeigen, ohne dazu im einzelnen Stellung zu nehmen.

2. Veräußerung der Beteiligungsrechte

Der Aktionär kann die Wertzunahme auf seinen Beteiligungsrechten durch deren Veräußerung realisieren. Steuerlich werden die erzielten Einkünfte im Umfange der Differenz zwischen dem Erlös und dem seinerzeit entrichteten Erwerbspreis allenfalls unter dem Titel eines Kapitalgewinnes erfasst (13).

12 "Veräußerung" verstehen wir im Sinne eines Oberbegriffes, der sämtliche Realisationsvorgänge umfasst, bei denen Beteiligungsrechte entgeltlich aus dem Vermögen des Steuerpflichtigen ausgeschieden werden.

13 Vgl. zum Begriff des Kapitalgewinnes Höhn, Steuerrecht ./.

3. Liquidation der Gesellschaft

Bei Auflösung der AG hat der Aktionär aufgrund und nach Massgabe seiner Beteiligungsrechte Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis (14). Steuerlich stellen sich dabei zwei Fragen: Zunächst ist abzuklären, inwieweit der Anteil am Nettoliquidationserlös (15) für den Aktionär Einkommen darstellt. Alsdann muss geprüft werden, ob diesen Einkünften der Charakter von Kapitalgewinn oder Vermögensertrag zukomme.

Die Vereinnahmung des Liquidationserlöses bedeutet für den Aktionär einen Wertzufluss. Folglich ist die Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses als Realisationstatbestand zu verstehen (16). Eine Bereicherung (17) des Gesellschafters tritt dabei ein, soweit der Liquidationserlös über die Aufwendungen für die Beteiligungsrechte hinausgeht. Im übrigen kommt es lediglich zu einer Vermögensumschichtung. Aus der Liquidation einer AG entsteht somit nur Einkommen, soweit der Liquidationserlös die Gestehungskosten der betreffenden Aktien übersteigt (18). Dessen ungeachtet gilt nach verschiedenen Steuerordnungen (19) der Liquidationsüberschuss, bestehend aus der Differenz zwischen Liquidationserlös und einbezahltem Grundkapital, als steuerbares Einkommen.

Kontrovers sind die Meinungen zur zweiten Frage, ob der Liquidationserlös steuerlich als Vermögensertrag oder als

13 Forts. § 18 N 3 ff., und nachfolgend B. 1. a).

14 Art. 660 Abs. 2 und 661 OR; David S. 209.

15 Unter "Liquidationserlös" verstehen wir die gesamten Einkünfte, die dem Aktionär aus der Einlösung seiner Beteiligung zufließen.

16 Reimann/Zuppinger/Schärner N 49 zu § 23; Höhn, Private Gewinne S. 99 f.

17 Die zwei Elemente des Einkommensbegriffes sind Realisation und Bereicherung (Höhn, Private Gewinne S. 18 f.).

18 Vgl. David S. 209.

19 Vgl. beispielsweise Art. 21 Abs. 1 lit. c WStB.

Kapitalgewinn behandelt werden müsse. Unter Vermögensertrag versteht man in der Lehre "das Entgelt, das der Berechtigte für die Ueberlassung seines Vermögens oder einzelner Teile desselben an Dritte erhält" (20). "Voraussetzung für das Vorliegen von Vermögensertrag ist ein Zufließen ohne Aenderung der Substanz der Quelle, weshalb alle Gewinne, die aus Veräusserung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen (Sachen und Rechten) erzielt werden, keine Vermögensertragnisse darstellen" (21). Dies entspricht der sogenannten Quellentheorie (22). Danach kann der Liquidationserlös nicht zum Vermögensertrag gezählt werden, weil durch die Liquidation die Einkommensquelle aufgehoben, d.h. die Vermögenssubstanz verzehrt wird (23). Schon in der Gesetzgebung erfährt die Quellentheorie jedoch zahlreiche Durchbrechungen (24). So erlaubt beispielsweise die Formulierung von Art. 21 Abs. 1 lit. c in fine WStB die Erfassung des Liquidationserlöses als Vermögensertrag (25), während BE Art. 28 Abs. 1 lit. c StG den Erlös aus der Totalliquidation einer Kapitalgesellschaft ausdrücklich als solchen bezeichnet (26). Allgemein kann festgehalten werden, dass die Behandlung des Liquidationserlöses als Ertragseinkommen dort angebracht ist, wo die positive Steuerordnung die Quellentheorie verlassen hat und eine entsprechende Betrachtungsweise vorschreibt (27).

Im Gegensatz zu den Vermögenserträgen, welche aus der Einkommensquelle "Vermögen" fliessen, entstehen die Kapitalgewinne aus der Veränderung, d.h. der Veräusserung oder Verwer-

20 Grüninger/Studer S. 332.

21 Reimann/Zuppinger/Schärer N 1 zu § 19 lit. c und d.

22 Vgl. Oesch S. 15; Blumenstein, System S. 144.

23 Vgl. Grüninger/Studer S. 222; ZH ORK vom 24.2.1956, ZBl 57 S. 312 (mit Verweisungen) = ZR 55 Nr. 80 = RB 1956 Nr. 12.

24 Vgl. Blumenstein, System S. 144.

25 Vgl. Masshardt N 81 zu Art. 21.

26 Vgl. auch Gruber N 6 zu Art. 28.

27 Vgl. ZH VGr vom 13.11.1975, ZBl 77 S. 313 ff. = RB 1975 Nr. 35, wo festgehalten wird, dass § 19 StG nicht auf der Quellentheorie beruhe; vgl. hierzu auch Oesch S. 82 ff.

tung, dieser Einkommensquellen (28). Als Folge der Anwendung der Quellentheorie wird in der Liquidation einer AG regelmässig ein solcher Verwertungstatbestand gesehen (29). Nach Ansicht der Vertreter dieser Lehre kann folglich der Liquidationserlös nur unter dem Titel des Kapitalgewinnes besteuert werden (30).

4. Ausgabe von Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhungen

Die Aushändigung von Gratisaktien sowie die Erhöhung des Nennwertes aus Gesellschaftsvermögen beruhen auf Umwandlungen von Reserven in Aktienkapital. Solche Umwandlungen werden vereinzelt als einkommensbildende - und daher beim Aktionär steuerbare - Vorgänge gewertet. Dies geschieht entweder auf dem Wege der Auslegung (31) oder aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Verankerung (32).

Die einkommenssteuerliche Erfassung dieser Vorgänge ist in der Lehre mehrheitlich auf Ablehnung gestossen (33). Dabei wird die Einkommenssteuerfreiheit vor allem mit dem Argument begründet, dass Gratisaktien und -nennwerterhöhungen weder eine Bereicherung des Aktionärs zur Folge hätten noch eine Realisation des Beteiligungsmehrwertes bewirken, sondern bloss die bestehenden Beteiligungsrechte in neuer Form verbriefen, solange jeder Aktionär seine verhältnismässige Beteiligungsquote beibehalte.

-
- 28 Oesch S. 82, unter Verweisung auf BGr vom 19.6.1964, ASA 33 S. 478 ff.
- 29 Vgl. Höhn, Private Gewinne S. 99 f.
- 30 Höhn, Steuerrecht § 16 N 56 f.; Grüninger/Studer S. 222; Blumenstein, Kommentar N 12 zu Art. 28; ZH ORK vom 24.2.1956, ZBl 57 S. 312 ff. (beachte aber die Praxisänderung gemäss in Anm. 27 zitiertem Urteil).
- 31 So beispielsweise bei der Wehrsteuer: vgl. Masshardt N 77 zu Art. 21.
- 32 Vgl. z.B. BE Art. 28 Abs. 1 lit. c StG; BS § 40 Abs. 2 StG.
- 33 Vgl. Höhn, Steuerrecht § 16 N 54 f.; Blumenstein, System S. 149; Reimann/Zuppinger/Schärrier N 46 zu § 19 lit. c und d; Schärrier, ASA 43 S. 302 f.; von Waldkirch, ASA 40 S. 177 ff. Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 lit. a Entwurf ./.

Demgegenüber sieht Borkowsky (34) einen steuerlich erheblichen qualitativen Unterschied zwischen einem Anspruch auf Reserven und einem solchen aus Grundkapital: "Aus Reserven sollen notfalls Verluste gedeckt werden. Soweit Eigenkapital die Form von Reserven hat, wird es als noch nicht ganz sicher verdient betrachtet. Mit einer gewissen, wenn allenfalls auch einer geringen, Verlustwahrscheinlichkeit ist noch zu rechnen. Werden Reserven in Grundkapital umgewandelt, so sind nach Auffassung der beantragenden Verwaltung solche Verluste praktisch ausgeschlossen. Die in der Gesellschaft gespeicherten Gewinne dürfen vom Aktionär als endgültig realisiert und verdient betrachtet werden." Gestützt auf diese Ueberlegungen wertet er die Umwandlung von Reserven in Aktienkapital als Vermögensertrag. Im übrigen sprechen auch veranlagungstechnische Ueberlegungen für die steuerliche Erfassung von Gratisaktien und -nennwerterhöhungen (35).

B. In den schweizerischen Steuergesetzen verwirklichte Systeme

1. Im allgemeinen

a) Kapitalgewinnbesteuerung auf Wertschriften des Privatvermögens

Die in einigen kantonalen Steuergesetzen verwirklichte Kapitalgewinnbesteuerung auf Wertschriften des Privatvermögens (36)

-
- 33 Forts. Rahmengesetz (ursprüngliche und überarbeitete Fassung); Art. 18 Abs. 2 Entwurf Mustergesetz und Gesetzesentwurf für die direkte Bundessteuer.
- 34 ASA 40 S. 420 f.
- 35 Borkowsky, ASA 40 S. 421; Känzig, Wehrsteuer N 68 zu Art. 21.
- 36 Sieben Kantone (BE, SO, BS, BL, GR, TG und JU) sehen eine allgemeine Besteuerung von Wertschriftengewinnen des Privatvermögens vor. Dabei hat die Kapitalgewinnbesteuerung verschiedene Ausgestaltungen erfahren. Eine Uebersicht über die Einzelheiten gibt Oesch S. 20 f. Vgl. auch Zuppinger, StR 31 S. 4 ff. und S. 47 ff.

führt zunächst bei der Veräusserung der Beteiligungsrechte zur Besteuerung der infolge Zurückbehaltung von Gewinn entstandenen Wertzunahme. Dabei kommt dem Aktionär unter Umständen die zeitliche Beschränkung der Besteuerung der Kapitalgewinne zugute. Langfristige Kapitalgewinne werden nämlich in der Regel gar nicht oder aber zu einem ermässigten Satz besteuert (37).

Die sich aus der Liquidation der Gesellschaft ergebende Steuerlast hängt im wesentlichen davon ab, ob der dem Aktionär zufließende Liquidationserlös als Kapitalgewinn oder als Vermögensertrag qualifiziert werde. Die Durchführung einer Kapitalgewinnberechnung bringt dem Aktionär wiederum den Vorteil, dass er langfristig erzielte Wertzunahmen der Beteiligungsrechte steuerfrei realisieren kann.

Eine Besteuerung der Gratisaktien und -nennwerterhöhungen beim Aktionär kommt unter dem Gesichtspunkt des Kapitalgewinnes nicht in Frage.

b) Freistellung des Kapitalgewinnes auf Wertschriften des Privatvermögens

Der Bund und die meisten Kantone sehen keine Kapitalgewinnbesteuerung auf beweglichem Privatvermögen vor. Unter der Herrschaft dieser Steuerordnungen kann der Aktionär Wertzu-
nahmen seiner Beteiligungsrechte durch Veräusserung realisie-
ren, ohne dadurch eine Steuer auszulösen.

Der Liquidationserlös wird allenfalls als Vermögensertrag angesehen und als solcher der Einkommenssteuer unterworfen. Für die Berechnung des steuerbaren Liquidationserlöses ist stets von Bedeutung, ob die Ausgabe von Gratisaktien bzw. Gratisnennwerterhöhungen schon bei der Ausschüttung besteuert worden sei.

37 Vgl. z.B. BE Art. 77 Abs. 2 StG oder BS § 57 Abs. 2 StG.

2. Sonderbehandlung der Beteiligten an Familienaktiengesellschaften

a) Einführung

Die Familienaktiengesellschaften sind im Vergleich zu Publikumsgesellschaften vermehrt auf Selbstfinanzierung angewiesen. Ueberdies geniessen sie eine grössere Freiheit in bezug auf die Gewinnverwendung (38). Man schliesst daraus, dass diese Umstände von den Aktionären dazu benützt werden, Gewinne in der Gesellschaft zurückzubehalten, um den Wert der Beteiligungen anwachsen zu lassen und die Wertzunahme später durch Veräusserung der Aktien oder Liquidation der Gesellschaft "steuerfrei" zu realisieren (39). Diese Annahme führte in verschiedenen Kantonen zu einer steuerlichen Sonderbehandlung von Familienaktionären, die entweder auf der Erhebung einer sogenannten Beteiligungsgewinnsteuer oder auf einer neulich geänderten Veranlagungspraxis beruht (40).

b) Beteiligungsgewinnsteuer

Die Beteiligungsgewinnsteuer gehört ihrer Rechtsnatur nach zu den Kapitalgewinnsteuern (41). In der Form, wie sie in den Steuergesetzen der Kantone SG, TI (42) und VS ausgestaltet ist, unterliegen ihr Gewinne aus der Veräusserung von

38 Vgl. vorn I. B.

39 Vgl. David S. 109 f.

40 Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass die neue zürcherische Praxis keine Sonderbehandlung der Familienaktiengesellschaften bedeutet (vgl. hierzu hinten § 10 V. B.).

41 Dies gilt jedenfalls, wenn man sie nach ihrer technischen Ausgestaltung beurteilt. Betrachtet man die Steuer aber "unter dem Gesichtspunkt ihrer Zielsetzung, zeigt sich, dass sie nicht auf derselben Ebene liegt wie die herkömmliche Kapitalgewinnsteuer" (vgl. dazu im einzelnen David S. 115 f.).

42 Der Tessiner Grosse Rat beschloss allerdings am 20.11.78, die Bestimmungen über die Beteiligungsgewinnsteuer bis zum Inkrafttreten des BG über die Steuerharmonisierung zu suspendieren (vgl. SPA, Jber. 1978 S. 55).

Vermögensrechten des Privatvermögens, die mit einer wesentlichen Beteiligung verbunden sind. Als wesentlich gelten dabei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften (43), welche mindestens 20 % (44) oder 15 % (45) des Grundkapitals oder der Stimmrechte ausmachen. Bei Publikumsaktiengesellschaften kommt eine so hohe Beteiligung praktisch nie zustande. Dagegen sind Engagements in solcher Höhe bei kleinen und mittleren Unternehmungen sehr häufig anzutreffen. Die Beteiligungsgewinnsteuer trifft daher vor allem Aktionäre von Familienaktiengesellschaften im hier verwendeten Sinne.

c) Veranlagungspraxis im Kanton ZH

Nach der früheren zürcherischen Einschätzungspraxis wurde der bei der Liquidation einer AG zur Auszahlung gelangende Erlös beim Aktionär generell unter dem Gesichtspunkt eines Kapitalgewinnes besteuert. Zu dieser Auffassung bekannte sich auch die Oberrekurskommission (46). Eine solche Praxis kam damals dem Aktionär entgegen, der die Aktien mehr als sieben Jahre besass und deshalb steuerfrei ausging (47). Nachdem die Kapitalgewinnbesteuerung aus dem Steuergesetz entfernt worden war, wäre die Besteuerung des Liquidationserlöses demnach ganz ausser Betracht gefallen.

In seiner neueren Rechtsprechung behandelt das Verwaltungsgericht (48) Liquidationsüberschüsse einer personenbezogenen AG aber als Vermögensertrag. Damit werden diese Einkünfte den Dividenden gleichgestellt und beim Aktionär der Einkom-

43 Steuersubjekt kann also ein wesentlich beteiligter Aktionär, GmbH-Gesellschafter oder Genossenschafter sein. Unsere Ausführungen beschränken sich im Folgenden auf die Verhältnisse bei Aktiengesellschaften.

44 SG Art. 34 Abs. 2 StG; TI Art. 40 Abs. 2 LT.

45 VS Art. 34 Abs. 2 LF.

46 Urteil vom 24.2.1956, ZBl 57 S. 312 ff.

47 Art. 23 StG, aufgehoben gemäss Gesetz vom 5.7.1970; Reimann/Zuppinger/Schärer N 54 zu § 19 lit. c und d.

48 Urteil vom 13.11.1975, ZBl 77 S. 313.

menssteuer unterworfen. Die Frage, ob die Praxisänderung auch auf Publikumsaktiengesellschaften Anwendung finde, liess das Gericht bisher offen.

§ 10 Steuerliche Erfassung des Wertzuwachses infolge zurück-behaltenen Gewinnes

I. Einführung

Es ist nicht möglich, in der vorliegenden Arbeit sämtliche schweizerischen Steuerordnungen unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten. Wir beschränken uns deshalb auf vier verschiedene Regelungen. Als Modell für die Steuerordnungen, welche private Kapitalgewinne freistellen, dient uns der Wehrsteuerbeschluss, für solche, die Gewinne auf Wertschriften des Privatvermögens besteuern, die bernische Gesetzgebung. Zum Vergleich betrachten wir die Vorschriften des Kantons SG, welcher eine Beteiligungsgewinnsteuer erhebt, sowie die zürcherische Gesetzgebung unter Berücksichtigung der kürzlichen Praxisänderung.

Zur Veranschaulichung des Vergleichs dient uns folgendes konstruierte Beispiel:

1970 gründen A, B und C die X-AG mit einem Grundkapital von Fr. 50'000.-. A und B zeichnen je 20 Aktien à Fr. 1'000.-, C die restlichen 10.

1973 erfolgt eine Kapitalerhöhung auf Fr. 100'000.- aus Reserven. A und B erhalten je 20, C 10 Gratisaktien à Fr. 1000.- Nennwert.

1975 veräussert C sein Aktienpaket (20 Aktien) an B zum Preise von Fr. 1'500.- je Aktie.

1976 veräussert A seine nunmehr 40 Aktien an D zum Preise von Fr. 1'600.- je Aktie.

1979 wird die X-AG liquidiert. Die Aktionäre B (60 Aktien) und D (40 Aktien) erhalten einen Liquidationsüberschuss von Fr. 400.- je Aktie.

Die Aktien der X-AG sind Bestandteile des Privatvermögens der Aktionäre A, B, C und D.

II. Ohne Kapitalgewinnbesteuerung: Wehrsteuer

A. Besteuerung der einzelnen Vorgänge

1973: Die Zuteilung von Gratisaktien wird als steuerbarer Vermögensertrag erfasst (1). A und B unterliegen der Einkommenssteuer für je Fr. 20'000.-, C für Fr. 10'000.-.

1975/76: C und A realisieren einkommenssteuerfreie Kapitalgewinne.

1979: Soweit der Anteil am Liquidationserlös den Nominalwert der Beteiligung übersteigt, stellt er steuerbaren Vermögensertrag dar (2). B muss sich Fr. 24'000.- (60 mal 400), D Fr. 16'000.- (40 mal 400) als steuerbares Einkommen anrechnen lassen.

B. Kritik

Für die Berechnung des steuerbaren Liquidationserlöses stellt die Wehrsteuerpraxis auf den Nominalwert der Beteiligung ab. Diese Betrachtungsweise stützt sich zwar auf den unmissverständlichen Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 lit. c a.E. WStB, wo bloss die "Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile" von der Besteuerung ausgenommen ist, führt aber wirtschaftlich zu einem unhaltbaren Resultat. Gerechtfertigt erscheint die Ordnung bloss, wenn der ursprünglich Beteiligte bei der Liquidation belastet wird (in unserem Beispiel B für seine 40 aus Emission erworbenen Aktien). Sachwidrig ist dagegen, dass der Empfänger des Liquidationserlöses, der die Beteili-

1 Vgl. Masshardt N 77 zu Art. 21.

2 Vgl. Masshardt N 81 zu Art. 21.

gungsrechte zu einem über dem Nennwert liegenden Preis erworben hat, für Einkommensteile besteuert wird, die sein Rechtsvorgänger erzielt hat. Dies wirkt sich besonders stossend aus, wenn für den Beteiligten aus der Liquidation ein Verlust resultiert (in unserem Beispiel D). Richtigerweise sollte daher der steuerbare Liquidationserlös am Anschaffungswert der Beteiligung gemessen werden (3).

III. Mit Kapitalgewinnbesteuerung: Kanton BE

A. Besteuerung der einzelnen Vorgänge

1973: Art. 28 Abs. 1 lit. c StG erklärt Gratisaktien ausdrücklich als Vermögensertrag, der dem steuerbaren Einkommen zugerechnet wird.

1975: Gemäss Art. 77 Abs. 1 und 2 sowie Art. 78 Abs. 2 StG sind Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Wertpapieren steuerbar, sofern sie innert 10 Jahren erzielt werden. C wird steuerpflichtig für einen Kapitalgewinn von Fr. 10'000.- (20 mal 500), welcher laut Art. 90 Abs. 1 StG nicht als Einkommen im Sinne des Steuergesetzes verstanden wird, sich aber nach dem um 40 % erhöhten Einkommenssteuertarif berechnet.

1976: A wird für einen Kapitalgewinn von Fr. 24'000.- (40 mal 600) steuerpflichtig.

1979: Der Liquidationserlös wird in Art. 28 Abs. 1 lit. c StG ausdrücklich als steuerbarer Vermögensertrag bezeichnet (4). Ohne Rücksicht auf den Anschaffungspreis gilt - wie bei der Wehrsteuer - der Nennwert der Aktien als Grundlage für

3 Vgl. Känzig, Wehrsteuer N 60 zu Art. 21; vorn § 9 II. A. 3.

4 Konsequenterweise erklärt Art. 78 Abs. 2 StG bloss den aus der Veräusserung von Wertpapieren erzielten Gewinn als steuerbaren Kapitalgewinn.

die Steuerbemessung (5). B wird folglich für Fr. 24'000.- (60 mal 400), D für Fr. 16'000.- (40 mal 400) steuerpflichtig.

B. Kritik

Wird unabhängig vom Anschaffungspreis zur Bemessung der Steuerleistung bei der Liquidation auf den Nennwert der Titel abgestellt, führt dies im Zusammenhang mit der Kapitalgewinnbesteuerung zu einer effektiven steuerlichen Dreifachbelastung. Diese rührt daher, dass das gleiche wirtschaftliche Substrat nacheinander dreimal zur Erhebung von Steuern führt:

- zuerst in der Form des Gesellschaftsgewinnes zur Reinertragssteuer,
- dann in der Form des zurückbehaltenen Gewinnes bei der Veräusserung der Beteiligungsrechte zur Kapitalgewinnsteuer,
- schliesslich in der Form des Liquidationsüberschusses zur allgemeinen Einkommenssteuer.

Diese Betrachtungsweise führt auch dazu, dass der Empfänger des Liquidationsüberschusses (in unserem Beispiel D) eine Wertzunahme der Beteiligung zu versteuern hat, die bereits sein Rechtsvorgänger realisieren konnte.

Der Gesetzestext von Art. 28 Abs. 1 lit. c StG schliesst nicht aus, für die Bemessung des steuerbaren Liquidationserlöses den über dem Nennwert liegenden Anschaffungswert der Titel zu berücksichtigen. Gestützt auf die angeführten Gründe wäre es daher wünschenswert, die Veranlagungspraxis in diesem Sinne zu ändern.

5 So Gruber N 6 zu Art. 28.

IV. Mit Beteiligungsgewinnsteuer: Kanton SG

A. Ausgestaltung

Gemäss Art. 34 StG erfasst die Beteiligungsgewinnsteuer Gewinne, die aus der Veräusserung von Beteiligungen erzielt werden. Aktien bilden dabei eine Beteiligung, wenn sie mindestens 20 % des einbezahlten Grundkapitals oder der Stimmrechte ausmachen. Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne erfolgt nicht im Rahmen der allgemeinen Einkommenssteuer, sondern für sich allein als Jahressteuer.

B. Besteuerung der einzelnen Vorgänge

1973: Die Zuteilung von Gratisaktien löst nach sanktgallischer Steuerordnung keine Einkommenssteuer aus (6).

1975: Da C keine wesentliche Beteiligung besitzt, kann er den Kapitalgewinn steuerfrei realisieren.

1976: A veräussert eine wesentliche Beteiligung und wird daher für den realisierten Kapitalgewinn steuerpflichtig. Dieser setzt sich aus der Differenz zwischen Veräusserungserlös und Nennwert der Titel (40 mal 600 gleich Fr. 24'000.-) und dem Nennwert der Gratisaktien (Fr. 20'000.-) zusammen, da Art. 39 StG für seine Ermittlung auf die Gestehungskosten abstellt.

1979: Auch der Liquidationserlös wird gemäss Art. 22 Abs. 1 VV unter dem Gesichtspunkt des Beteiligungsgewinnes besteuert (7). Der steuerbare Kapitalgewinn des B liegt in der Differenz

6 Vgl. Cagianut, ASA 42 S. 440; Weidmann S. 93.

7 Vgl. dazu Cagianut, ASA 42 S. 436; Oesch S. 154. A.A. David, S. 212 f., welcher Art. 22 Abs. 1 VV für unbeachtlich hält, da die Vorschrift nicht Bestandteil des StG ist und von der gesetzlichen Regelung des Art. 20 Abs. 2 lit. f StG abweicht, wonach der Liquidationsüberschuss als Vermögensertrag gilt.

zwischen dem Liquidationserlös und seinen Gestehungskosten (84'000 minus 20'000 minus 30'000 gleich Fr. 34'000.-). D hat keine Gewinnsteuer zu entrichten, da der Liquidationserlös seine Gestehungskosten nicht übersteigt.

C. Kritik

Die sanktgallische Steuerordnung erfasst die Wertzunahmen steuerlich dort, wo sie tatsächlich entstanden sind und die Leistungsfähigkeit erhöhen. Die Vorwürfe, die wir gegenüber der Wehrsteuer und der bernischen Steuerordnung erhoben haben, sind demnach hier nicht angebracht. Auch die steuerliche Dreifachbelastung fällt weitgehend dahin. Sie tritt nur noch im Falle der Substanzdividende oder Teilliquidation nach vorangegangener Handänderung ein (8). Die Dreifachbelastung in diesen Fällen ist indessen keine spezifische Folge der Beteiligungsgewinnsteuer. Sie ergibt sich gleichsam bei allgemeiner Besteuerung der Kapitalgewinne auf Wertpapieren. Ursache des Mangels bildet bei richtiger Betrachtung der "formalisierte Ertragsbegriff" des geltenden Einkommenssteuerrechtes (9).

Es erübrigt sich, hier weitere Einzelheiten der Ausgestaltung der Beteiligungsgewinnsteuer zu kritisieren (10). Unsere Kritik an dieser Ordnung bezieht sich hauptsächlich auf die Verletzung des verfassungsmässigen Gleichheitssatzes (11).

8 Vgl. Böckli, ASA 42 S. 378 ff.; Cagianut, ASA 42 S. 444 ff.; Oesch S. 154.

9 Cagianut, ASA 42 S. 445; Oesch S. 154; vgl. dazu auch David S. 106 f.

10 Vgl. dazu David S. 117 ff.

11 Vgl. hinten § 11 III.

V. Ohne Kapitalgewinnbesteuerung: Kanton ZH

A. Besteuerung der einzelnen Vorgänge

1973: Die Zuteilung von Gratisaktien bleibt nach zürcherischer Einschätzungspraxis steuerfrei (12).

1975/76: Die bei der Veräusserung realisierten Kapitalgewinne von C und A bleiben steuerfrei.

1979: Bei der X-AG handelt es sich ohne Zweifel um eine personenbezogene AG, so dass die vorn (13) dargelegte Veranlagungspraxis zur Anwendung gelangt. Der Liquidationserlös ist demnach bei den Aktionären als steuerbarer Vermögensertrag zu betrachten.

B wird zunächst einkommenssteuerpflichtig für den Anteil am Liquidationserlös, der den Nominalwert seiner Beteiligung übersteigt, nämlich Fr. 24'000.- (60 mal 400). Offen blieb in der Praxis bisher die Frage, ob der Nennwert der Gratisaktien bei der Liquidation zum steuerbaren Beteiligungsertrag hinzugerechnet werden müsse. Nach dem Prinzip der steuerlichen Doppelbelastung sollen sämtliche in der AG angesammelten Gewinne und Reserven bei ihrer Ausschüttung in Form von Dividenden oder Liquidationserlös als Beteiligungsertrag besteuert werden. Die Steuerfreiheit von Gratisaktien führt mithin dazu, dass der aus gesellschaftseigenen Mitteln stammende Teil des Grundkapitals als Liquidationsüberschuss zu besteuern ist, obwohl es sich dabei formell um eine Auszahlung von Aktienkapital handelt. Diese Lösung findet auch im Gesetzestext eine Rechtfertigung, da die Auszahlung des Nennwertes der Gratisaktien begrifflich keine "Rückzahlung des

12 Das gilt wenigstens für den Normalfall, in welchem die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln geschäftsmässig begründet ist (vgl. Zuppinger/Schärer/Fessler/Reich N 45a zu § 19 lit. c und d).

13 § 9 II. B. 2. c).

Gesellschaftsanteils" bedeutet (14). Dem steuerbaren Einkommen des B sind folglich weitere Fr. 30'000.- zuzurechnen.

Das bei der Liquidation anfallende steuerbare Einkommen des D beläuft sich auf Fr. 16'000.- (40 mal 400) plus Fr. 20'000.- (20 Gratisaktien à Fr. 1'000.-).

B. Kritik

1. An der "neuen" Praxis

Mit der neulichen Praxisänderung hat das Verwaltungsgericht weitgehend die Veranlagungspraxis der Wehrsteuer übernommen. Die Kritik an der Besteuerung des Liquidationserlöses entspricht deshalb der bei der Wehrsteuer angebrachten (15). In Abweichung von der Wehrsteuer lässt die zürcherische Praxis die Zuteilung von Gratisaktien steuerfrei und schliesst sich damit der Lehrmeinung an, die in diesem Vorgang keine Bereicherung des Gesellschafters und keine Realisation des Beteiligungsmehrwertes erblickt (16). Die unsachgemässe Ordnung, wonach der letzte Aktieninhaber für Wertzunahmen besteuert wird, die seine Rechtsvorgänger erzielt haben, wird dadurch noch ausgedehnt. Trotz der praktischen Schwierigkeiten, die die Auseinanderhaltung von einbezahltem und aus Gesellschaftsreserven gebildetem Grundkapital nach der Liquidation mit sich bringen kann, hielt das Verwaltungsgericht in einer kürzlichen Stellungnahme an seiner bisherigen Auffassung fest (17).

14 Vgl. Zuppinger/Schärker/Fessler/Reich N 45a und 54b - 55b zu § 19 lit. c und d.

15 Vgl. vorn II. B.

16 Vgl. vorn § 9 II. A. 4.

17 Vgl. Schärker, ASA 43 S. 302 f., mit Verweisung auf VGr vom 24.10.1974, RB 1974 Nr. 32 = ZBl 76 S. 216 f.

2. An der Praxisänderung

a) In bezug auf das einschränkende Resultat

Das Resultat der Praxisänderung besteht darin, dass neuerdings der Liquidationsüberschuss bei der Liquidation einer personenbezogenen AG beim Gesellschafter als steuerbarer Beteiligungsertrag im Sinne von § 19 lit. c StG betrachtet wird. Nach der früheren Rechtsprechung wurde der Liquidationserlös bloss unter dem Gesichtspunkt eines Kapitalgewinnes besteuert bzw. steuerfrei gelassen (18).

Bei genauer Betrachtung darf diese Praxisänderung nicht allein auf die Abschaffung der Kapitalgewinnbesteuerung zurückgeführt werden. Sie ist vielmehr auch als Folge der Angleichung von § 19 lit. c StG an Art. 21 Abs. 1 lit. c WStB zu betrachten. Gestützt darauf wurden schon unter der Herrschaft des alten Rechtes - vor Aufhebung von § 23 StG im Jahre 1970 - überzeugende Gründe für die Behandlung des Liquidationsüberschusses als Vermögensertrag vorgebracht (19).

Aus steuergesetzlicher Sicht lässt sich gegen die Behandlung des Liquidationsüberschusses als Vermögensertrag nichts einwenden. Wohl steht eine solche Betrachtungsweise im Widerspruch mit der sogenannten Quellentheorie. Diese wurde indessen im zürcherischen Steuergesetz nicht verwirklicht, was einerseits aus dem Ingress von Art. 19 StG hervorgeht, der die "gesamten Einkünfte" als Einkommen bezeichnet. Andererseits existiert keine Einschränkung, welche Einkommen von der Besteuerung ausnimmt, soweit Vermögenssubstanz aufgezehrt wird (20). Eine solche

18 Vgl. vorn § 9 II. B. 2. c).

19 Vgl. die Ausführungen einer Minderheit der ORK vom 24.2.1956, ZBl 57 S. 315 ff.; ferner Zuppinger, StR 31 S. 12 f.

20 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärner N 6 Vorbem. zu §§ 19-32.

kann insbesondere in der Wendung "Rückzahlung des Gesellschaftsanteils" (21) nicht gesehen werden.

Zur "Rückzahlung" gelangt ein Gesellschaftsanteil nur insoweit, als er vorher einmal von einem Gesellschafter einbezahlt wurde. Als "Gesellschaftsanteil" im Sinne von § 19 lit. c StG ist daher nur der Anteil am einbezahlten Grundkapital zu betrachten, nicht etwa auch der darüber hinausgehende Liquidationserlös. Diese Auffassung wird mit Recht nicht mehr angezweifelt (22).

Nach der in § 19 lit. c StG verwirklichten Ordnung ergibt sich somit ohne weiteres, dass der Aktionär alles, was er bei der Liquidation der AG aufgrund seiner Beteiligung über den Anteil am einbezahlten Grundkapital hinaus erhält, als Einkommen zu versteuern hat. Erörterungen darüber, ob der Liquidationserlös den Charakter von Vermögensertrag oder Kapitalgewinn im Sinne der allgemeinen Steuerlehre habe, erübrigen sich. Dies um so mehr, als der Kapitalgewinn nach zutreffender Auffassung (23) seinerzeit bloss subsidiär zur Besteuerung gelangte, so dass der aufgehobene § 23 eine Ergänzung zu § 19 StG darstellte, nicht eine Einschränkung desselben.

Stützt sich das Resultat demnach auf die zutreffende Interpretation des Steuergesetzes (24), stellt sich im weiteren die Frage, inwiefern die Beschränkung der Anwendung der geänderten Praxis auf personenbezogene Aktiengesellschaften gerechtfertigt sei.

21 § 19 lit. c a.E.

22 Vgl. VGr vom 23.6.1972, RB 1972 Nr. 27 = ZBl 74 S. 46 ff.

23 VGr vom 23.6.1972, ZBl 74 S. 47.

24 Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass das BGr die Auffassung des VGr, wonach § 19 lit. c StG auch den Erlös aus der Auflösung von personenbezogenen Aktiengesellschaften umfasse, unter dem Gesichtspunkt der Willkür (Art. 4 BV) gebilligt hat (Urteil vom 7.1.1978, ASA 48 S. 84 ff.).

b) In bezug auf die Begründung

Zur Begründung seines Standpunktes, wonach der Liquidationsüberschuss als Vermögensertrag zu behandeln ist, bedient sich das Verwaltungsgericht (25) folgender Argumente: Ein Liquidationsüberschuss sei vorab darauf zurückzuführen, dass die Gesellschaft bei der Liquidation Reserven freilege, die sie im Laufe der Jahre etwa in dem Umfange habe bilden können, in dem sie den Gewinn nicht in Form von Dividenden ausgeschüttet habe. Es sei deshalb sachlich geboten, die Verteilung der Reserven - und zwar auch der betrieblich begründeten - im Zeitpunkt der Liquidation steuerlich gleich zu behandeln wie die vorher als Dividenden ausgeschütteten Gewinne. Eine solche Lösung dränge sich auf, nachdem das Bundesgericht (26) den Liquidationsüberschuss aufgrund von Art. 21 Abs. 1 lit. c WStB mit überzeugender Begründung als Ertrag beweglichen Vermögens qualifiziert habe und Art. 19 lit. c StG dieser Bestimmung nachgebildet sei.

In der Folge schränkt das Gericht die gewonnenen Erkenntnisse sofort in dem Sinne ein, dass es bloss den Liquidationsüberschuss einer sogenannten Thesaurierungsgesellschaft als Vermögensertrag behandelt wissen will. Dieselbe Instanz (27) erweitert diese einschränkende Rechtsprechung später insofern, als sie erklärt, der Liquidationsüberschuss von personenbezogenen Aktiengesellschaften sei in der Regel als Vermögensertrag zu besteuern.

Dieser Einschränkung liegt offensichtlich die Feststellung zugrunde, dass die Erträgnisse personenbezogener Aktiengesellschaften oftmals nicht ausgeschüttet, sondern aufgespeichert werden, damit die Aktionäre deren Gegenwert bei der Liquidation der Gesellschaft steuerfrei realisieren können. Wollte

25 Vom 23.6.1972, ZBl 74 S. 47 f.

26 BGE 83 I 276 ff. = ASA 26 S. 283 ff.

27 VGr vom 13.11.1975, RB 1975 Nr. 35 = ZBl 77 S. 313 ff.

das Gericht bloss solche Fälle erfassen, in denen die Doppelbelastung durch Thesaurierung der Gesellschaftsgewinne vermöglicht wird, hätte es den Liquidationsüberschuss unter dem Gesichtspunkt der Steuerumgehung als steuerbaren Beteiligungsertrag erklären müssen (28). Von einer solchen Betrachtungsweise hat es sich indessen ausdrücklich distanziert (29).

Das Gericht hält in seiner Begründung im Gegenteil die steuerliche Gleichstellung des Liquidationsüberschusses mit den Dividenden generell für angebracht, gleichgültig, ob es sich dabei um zurückbehaltene Gewinne oder um betrieblich begründete und nunmehr aufgelöste Reserven handle. Dafür spreche die Tatsache, dass auch bei Dividenden nicht gefragt werde, ob sie aus zurückbehaltenem Gewinn oder aus aufgelösten Reserven stammen (30). Bei konsequenter Weiterverfolgung dieser Ueberlegungen hätte das Gericht zum Schlusse gelangen müssen, dass der Liquidationsüberschuss unabhängig von der wirtschaftlichen Struktur der AG stets als steuerbarer Vermögensertrag zu qualifizieren ist (31). Stattdessen hat es die Anwendbarkeit seiner neuen Praxis ohne Grund auf personenbezogene Aktiengesellschaften beschränkt und die Frage im übrigen offen gelassen, obwohl die Wehrsteuerpraxis keine entsprechende Unterscheidung zwischen Publikumsaktiengesellschaften und personenbezogenen Gesellschaften macht (32).

c) Folgerung

Die Behandlung des Liquidationsüberschusses als steuerbarer

28 Wie dies die ORK im Urteil vom 24.2.1956, ZBl 57 S. 315, vorschlug (unter Verweisung auf die unter dem alten Recht geltende Praxis).

29 Urteil vom 23.6.1972, ZBl 74 S. 48 Erw. 5.

30 Urteil vom 23.6.1972, ZBl 74 S. 47 Erw. 3.

31 So auch Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich N 54-55 zu § 19 lit. c und d.

32 Vgl. z.B. BGE 86 I 42 ff.

Vermögensertrag bedeutet bloss scheinbar eine Sonderbehandlung der Familienaktiengesellschaften (33). Bei genauerer Betrachtung ist eine abweichende steuerliche Behandlung des Liquidationsüberschusses einer Publikumsaktiengesellschaft nicht gerechtfertigt.

VI. Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung

Anfänglich war beabsichtigt, mit der "Direkten Bundessteuer" und der Steuerharmonisierung auf Bundesebene und in den Kantonen die Beteiligungsgewinnsteuer nach dem Muster der sanktgallischen Ordnung (34) einzuführen (35). Geprüft wurde auch die Frage der Behandlung von wesentlichen Beteiligungen als Geschäftsvermögen. Die Koordinationskommission (36) hielt indessen vorerst am ursprünglichen Vorschlag fest. Den Kantonen wurde es jedoch freigestellt, anstelle der Beteiligungsgewinnsteuer eine umfassende Besteuerung der Kapitalgewinne auf beweglichem Privatvermögen vorzusehen (37).

In den Vernehmlassungen zum Rahmengesetzentwurf stiess die Einführung der Beteiligungsgewinnsteuer zumeist auf Ablehnung. Die Kritik am Gesetzesentwurf deckte auch zahlreiche Mängel in der Ausgestaltung der Steuer auf (38).

Im überarbeiteten Entwurf zum Rahmengesetz (39) schlägt die Koordinationskommission nunmehr die Behandlung wesentlicher Beteiligungen als Geschäftsvermögen vor. Damit werden die

33 Vgl. vorn § 9 II. B. 2. c).

34 Vgl. vorn § 9 II. B. 2. b) und § 10 IV.

35 Gesetzesentwurf direkte Bundessteuer Art. 37 ff.; Entwurf Mustergesetz Art. 37 ff.; Entwurf Rahmengesetz Art. 11 ff.

36 Bericht 1977 S. 16.

37 Entwurf Rahmengesetz Art. 2 Abs. 2.

38 Vgl. beispielsweise die Vernehmlassung der SPA vom 30.6.1978, S. 12 ff. (unveröff.); Vernehmlassung Regierungsrat ZH S. 8 ff.

39 Art. 7 bis.

Beteiligungsgewinne der allgemeinen Einkommenssteuer unterworfen. Als wesentlich gelten dabei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, wenn sie mindestens 25 % des Grundkapitals oder der Stimmrechte ausmachen. Die Beteiligungsgewinnsteuer in dieser Form wird dadurch gemildert, dass Veräusserungsgewinne bloss zu 60 % ihres Betrages der Einkommenssteuer unterliegen. Gegenüber der Beteiligungsgewinnsteuer nach dem St. Galler-Modell bietet diese Lösung als bedeutende Vorteile die Möglichkeit zu Abschreibungen auf den Beteiligungen nach Massgabe einer allfälligen Entwertung sowie zur Verrechnung im Rahmen des Unternehmungssteuerrechtes und der Gesamteinkommenssteuer. Auf der andern Seite führt sie aber durch das Zusammenrechnen der Beteiligungsgewinne mit den übrigen Einkünften zu höheren Steuerbelastungen (40). Nach dem überarbeiteten Rahmengesetzentwurf (41) sollen die Kantone zudem verpflichtet werden, die Beteiligungsgewinnsteuer in dieser Form einzuführen. Die Alternative einer allgemeinen Kapitalgewinnsteuer ist damit ausgeschlossen.

Die Koordinationskommission beabsichtigt, die Beteiligungsgewinnsteuer in der eben beschriebenen Form auch in den Gesetzesentwurf für die direkte Bundessteuer und entsprechend in den Entwurf zum Mustergesetz aufzunehmen, falls diese Lösung von den kantonalen Finanzdirektoren genehmigt wird.

Wir beschäftigen uns hier eingehend mit der Frage, ob die mit der Beteiligungsgewinnsteuer (unabhängig von ihrer weiteren Ausgestaltung) bewirkte Ungleichbehandlung wesentlich und unwesentlich beteiligter Kapitalgesellschaftler gerechtfertigt sei (42).

40 Vgl. Zuppinger, StR 31 S. 65; Bericht 1977 S. 16.

41 Art. 2 (Abs. 2 gestrichen).

42 Vgl. nachfolgend § 11 III.

§ 11 Vergleichende Betrachtungen

I. Unter dem Gesichtspunkt der Doppelbelastung

A. Ergebnis aus dem Vergleich der Steuerordnungen

Die vier im einzelnen betrachteten Steuerordnungen lassen es nicht zu, dass der Aktionär Gesellschaftsgewinne, die nicht zur Ausschüttung gelangt sind, einkommenssteuerfrei realisiert. Die infolge Gewinnthesaurierung entstandene Wertzunahme auf der Beteiligung wird entweder bei deren Veräusserung, bei der Zuteilung von Gratisaktien bzw. Gratisnennwerterhöhungen oder aber bei der Liquidation der Gesellschaft steuerlich erfasst. Mithin verwirklichen die vier verschiedenen Steuerordnungen je ein System der lückenlosen Doppelbelastung. Für den Aktionär hat dies zur Folge, dass er die Einkommenssteuer auf dem nicht ausgeschütteten Gewinn in jedem Falle zwar verschieben, niemals aber vermeiden kann (1).

B. Latente Steuerlast als Folge der lückenlosen Doppelbelastung

Folge der Gewinnthesaurierung ist nach den obigen Ausführungen in jedem Falle eine Verschiebung der Einkommenssteuer. Diese Steuerverschiebung bewirkt ihrerseits eine wertmindernde Belastung der Beteiligung, die gemeinhin als "latente Steuerlast" (2) bezeichnet wird.

-
- 1 Ausnahmen ergeben sich allenfalls bei Veräusserung von Beteiligungsrechten an eine buchführungspflichtige Unternehmung (vgl. Helbling S. 325).
 - 2 Es handelt sich hier um die latente Einkommenssteuerlast, die "latente Steuerlast der zweiten Stufe". Deren Umfang hängt vom jeweiligen Eigentümer der Beteiligungsrechte ab, ist mithin individuell zu bestimmen (vgl. dazu Böckli, ASA 42 S. 377; Blöchliger S. 46; Helbling S. 326 f.). Vgl. demgegenüber hinten § 14 III. A. 3. b).

Unter der Herrschaft eines Steuersystems mit Kapital- bzw. Beteiligungsgewinnbesteuerung aktualisiert sich die latente Steuerlast schon bei der Veräusserung der Beteiligung, indem der Veräusserer für die realisierte Wertzunahme besteuert wird.

Anders verhält es sich, wenn die anzuwendende Steuerordnung private Wertschriftengewinne freistellt und die Wertzunahme erst bei der Liquidation der Gesellschaft erfasst. Hier ist es Sache des Erwerbers der Beteiligung, die latente Einkommenssteuerlast beim Erwerbspreis angemessen zu berücksichtigen. Er wird dies tun, indem er die latent vorhandene Steuerforderung auf den Veräusserer überwälzt, was eine entsprechende Ermässigung des Kaufpreises zur Folge hat (3). Als unrichtig erweist sich somit die Behauptung, der Aktionär könne die durch Verzicht auf Gewinnausschüttungen entstandene Wertzunahme seiner Beteiligung durch deren Veräusserung steuerfrei realisieren (4).

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass die latente Steuerlast auf den Verkehrswert von Beteiligungsrechten an Publikumsaktiengesellschaften, welche an der Börse kotiert sind, in der Praxis keinen Einfluss hat. Hier kommt äusseren Faktoren, die mit der Gewinnthesaurierung der Unternehmung nicht zusammenhängen, weit grössere Bedeutung zu als bei Beteiligungsrechten an Familienaktiengesellschaften. Diese werden dagegen - auch beim Erwerb zur Weiterführung der Unternehmung - stets unter Berücksichtigung der latenten Steuerlast bewertet (5).

C. Ergänzung: Dreifachbelastung

Wir haben festgestellt, dass es mit der Kapitalgewinnbesteue-

3 Vgl. Böckli, ASA 42 S. 376 f.; Helbling S. 326 f.

4 Vgl. David S. 109 f. Siehe aber Anm. 1 hiavor.

5 Vgl. Böckli, ASA 42 S. 376 ff.

rung in gewissen Fällen zu einer dreifachen steuerlichen Belastung der Gesellschaftsgewinne kommen kann. Als besonders stossend erweist sich in dieser Beziehung die bernische Steuerordnung (6). Sie sieht einerseits bei der Veräusserung von Wertpapieren eine Kapitalgewinnbesteuerung vor und übernimmt anderseits für die Besteuerung des Liquidationserlöses die bei der Wehrsteuer getroffene Regelung. Diese Kombination führt dazu, dass die Gesellschaftsgewinne bei der Liquidation der AG teilweise ein drittes Mal besteuert werden, wenn die betreffenden Titel zuvor einmal ihren Eigentümer gewechselt haben. Als sachgemäss wäre im System mit privater Kapitalgewinnbesteuerung dagegen eine Ordnung anzusehen, die auch bei der Liquidation eine Kapitalgewinnberechnung vorschreibt. Zum gleichen Resultat führt es, wenn der Liquidationserlös zwar als Vermögensertrag gilt, aber nur in dem Umfange besteuert wird, in welchem er die Gestehungskosten der Beteiligungsrechte übersteigt (7).

Den erstgenannten Weg hat der sanktgallische Steuergesetzgeber eingeschlagen (8). So hat er festgelegt, dass der Liquidationserlös unter dem Gesichtspunkt des Beteiligungsgewinnes besteuert wird. Damit beschränkt sich die Dreifachbelastung auf die Fälle der Teilliquidation (9) und der Substanzdividende.

6 Vgl. vorn § 10 III.

7 Vgl. Helbling S. 325.

8 Vgl. vorn § 10 IV.

9 Inkonsequent erscheint allerdings die unterschiedliche gesetzgeberische Behandlung von Totalliquidation und Teilliquidation (vgl. Cagianut, ASA 42 S. 444 Anm. 22).

II. Unter dem Gesichtspunkt einer sachgemässen Besteuerung

A. Gegenüberstellung der Steuerordnungen

Eine sachgemässe Besteuerung erfordert, dass Wertzunahmen auf Beteiligungsrechten bei denjenigen Aktionären besteuert werden, die sie auch tatsächlich erzielt haben und bei denen sie die Leistungsfähigkeit erhöhen (10).

Unter diesem Aspekt erscheinen die Regelung des Bundes (11) sowie das zürcherische Steuergesetz (12) als unbefriedigend. Beide Steuerordnungen erfassen die Beteiligungsmehrwerte, die sich während der ganzen Lebensdauer der Gesellschaft angehäuft haben, erst bei deren Liquidation. Die letzten Aktionäre werden damit u.U. für Einkommensteile besteuert, die bereits ihre Rechtsvorgänger realisiert haben. Auch das bernische Steuergesetz führt aus dieser Sicht zu einem unhaltbaren Resultat.

Dagegen entspricht die sanktgallische Steuerordnung dieser Anforderung, soweit wesentliche Beteiligungen vorliegen.

B. Ergebnis

Werden Wertzunahmen auf Beteiligungsrechten bei der Liquidation der Gesellschaft im Rahmen der Einkommenssteuer erfasst, muss im Interesse einer sachgemässen Besteuerung für die Berechnung des steuerbaren Liquidationserlöses auf die Gestehungskosten der Beteiligungsrechte abgestellt werden. Dies gilt insbesondere für Steuerordnungen, die - wie die bernische - die Besteuerung von Kapitalgewinnen auf Wertschriften des Privatvermögens vorsehen.

10 Vgl. Cagianut, ASA 42 S. 439 f.

11 Vgl. vorn § 10 II.

12 Vgl. vorn § 10 V.

Sachgemäss ist auch eine Ordnung, die Kapitalgewinne auf privaten Wertschriften besteuert und überdies im Falle der Liquidation der Gesellschaft eine Kapitalgewinnbesteuerung vorschreibt. Beispiel dafür bildet die sanktgallische Beteiligungsgewinnbesteuerung.

III. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit

A. Einführung

Nach den Steuergesetzen des Bundes sowie der Kantone BE und ZH werden sämtliche Gesellschafter - unabhängig von der Höhe ihrer Beteiligung - rechtlich gleich behandelt. Dagegen nimmt die sanktgallische Beteiligungsgewinnbesteuerung eine Unterscheidung zwischen wesentlich und unwesentlich beteiligten Gesellschaftern vor. Wir beschäftigen uns hier mit der Frage, ob eine solche Ungleichbehandlung bei der Kapitalgewinnbesteuerung gegen das Prinzip der Rechtsgleichheit verstosse.

B. Inhalt des Gleichheitssatzes

Ein kantonaler Erlass verstösst gegen das in Art. 4 BV verankerte Gleichheitsprinzip, "wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist". Liegen umgekehrt zureichende Gründe für eine rechtliche Ungleichbehandlung vor, kann darin folglich keine Verletzung von Art. 4 BV erblickt werden (13).

13 Vgl. vorn § 3 II. B. und dortige Zitate.

C. Stellungnahme zur Begründung der Ungleichbehandlung

1. Fiskalität

Unter dem Gesichtspunkt der Fiskalität erscheint zwar die Einschränkung des Prinzips der Allgemeinheit der Einkommenssteuer insoweit gerechtfertigt, als die Kapitalgewinnbesteuerung auf ein praktikables Mass reduziert wird. Die Praktikabilitätsgrenze könnte jedoch bei einer Beteiligungsquote von 5 % angesetzt werden. Mithin lässt sich die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung in mehr als zu einem Fünftel beteiligte und nicht wesentlich beteiligte Gesellschafter mit Erwägungen der Fiskalität nicht rechtfertigen (14).

2. Verhinderung von Steuerumgehungen durch Umwandlung

Die Ungleichbehandlung von wesentlich und unwesentlich beteiligten Kapitalgesellschaftern stellt kein adäquates Mittel zur Verhinderung von Steuerumgehungen durch Umwandlung dar, da sie zu weitreichend ist (15).

3. Unternehmereigenschaft des wesentlich beteiligten Gesellschafters

Wir haben die Unternehmereigenschaft des typischen Familienaktionärs bejaht und im Anschluss daran gefolgert, dass Familienaktiengesellschaften in ihrer wirtschaftlichen Struktur mit den Personengesellschaften identisch sind. Sie sollten folglich unabhängig von ihrer Rechtsform steuerrechtlich wie Personengesellschaften behandelt werden. Ziel einer solchen Gleichbehandlung wäre die vollständige Beseitigung der als stossend empfundenen Doppelbelastung. Damit würde zudem

14 Näheres dazu bei David S. 73 ff.

15 Näheres dazu bei David S. 94 ff.

die steuerliche Gleichbehandlung aller Unternehmer unabhängig von der Rechtsform ihrer Unternehmung erreicht. Mangels eindeutiger Abgrenzungskriterien der Familienaktiengesellschaften zu den Publikumsgesellschaften und wegen der Schwierigkeiten bei interkantonalen Verhältnissen lehnten wir eine umfassende steuerliche Gleichstellung indessen ab (16).

Das Postulat nach steuerlicher Gleichbehandlung der Unternehmer wird zur Begründung der Beteiligungsgewinnsteuer wieder aufgegriffen. Die Annahme der Unternehmereigenschaft eines Kapitalgesellschafters setzt dabei eine wesentliche, also mindestens 20%ige Beteiligung voraus. Kommt dem Kapitalgesellschafter Unternehmereigenschaft zu, so soll seine Beteiligung dem Anteil an einer Personengesellschaft oder Einzelfirma gleichgestellt werden, da es sich wirtschaftlich um Geschäftsvermögen handelt. Diese Betrachtungsweise bedeutet eine Missachtung des Trennungsprinzips und führt dazu, dass der Gesellschafter für die Gewinne aus der Veräusserung der Beteiligung besteuert wird. Beschränkt sich das Recht zum Durchgriff aber auf die Veräusserungstatbestände, bewirkt dies ein völlig unbefriedigendes Resultat. Eine steuerliche Belastung des wesentlich beteiligten Kapitalgesellschafters, die derjenigen eines Personengesellschafters entspräche, lässt sich damit nicht erreichen, da die laufende Besteuerung der beiden Gesellschaftsformen vor der Veräusserung der Anteile unberücksichtigt bleibt (17). Wird die Veräusserung einer wesentlichen Beteiligung derjenigen eines Anteils an einer Personengesellschaft gleichgestellt, so bringt dies im Gegenteil eine weitere Mehrbelastung des Kapitalgesellschafters, die zu der im allgemeinen höheren Steuerlast der Familienaktiengesellschaften gegenüber den Personengesellschaften hin-

16 Vgl. vorn § 3 II.

17 Vgl. zur Gegenüberstellung im einzelnen David S. 90 f.

zutritt (18). An diesem Resultat könnte nur durch generelle Gleichbehandlung von Familienaktiengesellschaften und Personengesellschaften etwas geändert werden. Lässt sich diese Lösung nicht verwirklichen, ist auch von partieller und bloss formaler Gleichbehandlung abzusehen (19).

Ob die 20%ige Beteiligung eines Kapitalgesellschafters auf dessen Unternehmereigenschaft schliessen lasse, kann dahingestellt bleiben (20). Jedenfalls hält eine bloss teilweise Gleichbehandlung des wesentlich beteiligten Aktionärs mit dem wirtschaftlich vergleichbaren Unternehmer aus den genannten Gründen vor dem Gleichheitsgrundsatz nicht stand.

4. Sicherstellung der steuerlichen Doppelbelastung

Als hauptsächliches Ziel der Beteiligungsgewinnsteuer gilt die Sicherstellung der Doppelbelastung. Wie die Ausgestaltung zeigt, besteht die Notwendigkeit dazu bei wesentlich beteiligten, nicht aber bei unwesentlich beteiligten Kapitalgesellschaftern. Ausgangspunkt dafür bildet die Annahme, wesentliche Beteiligungen kommen praktisch ausschliesslich bei personenbezogenen Aktiengesellschaften vor, welche ihrer wirtschaftlichen Struktur wegen regelmässig zu übermässiger Gewinnrückbehaltung neigen (21). Eine wesentliche Beteiligung versetze den Aktionär nämlich in die Lage, die Gewinnverwendungspolitik der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen (22). Wo es die Beteiligungsverhältnisse aber erlauben - so wird weiter unterstellt - tendiere der Aktionär bei fehlender Kapi-

18 Vgl. vorn § 1 IV. C. 3.

19 So auch David S. 93.

20 M.E. bildet die 20%ige Beteiligung ein völlig unzureichendes Kriterium, um den Unternehmer vom blossen Kapitalanleger zu unterscheiden (vgl. David S. 92). Es sei auf den Versuch einer Umschreibung der Familien-AG (vorn § 3 II. C.) verwiesen.

21 Vgl. David S. 101 f.

22 Vgl. David S. 110.

talgewinnbesteuerung dazu, durch Gewinnthesaurierung und spätere Veräusserung der Beteiligung der Doppelbelastung auszuweichen (23). Aus diesem Grunde dränge sich in solchen Fällen die Sicherstellung des Systems der Doppelbelastung durch Kapitalgewinnbesteuerung auf, um die "Gesamtbelastung mit Reingewinn- und Einkommens- bzw. Beteiligungsgewinnsteuer im Gleichgewicht zu halten, ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Ausmass eine Ausschüttung stattfindet" (24).

Diese Begründung lässt nur undeutlich erkennen, dass die Beteiligungsgewinnsteuer in der vorliegenden Ausgestaltung nicht das Ziel verfolgt, Mitglieder personenbezogener Kapitalgesellschaften schlechthin für Veräusserungsgewinne auf ihren Anteilen zu besteuern. Dafür hätten die Voraussetzungen auf andere Weise umschrieben werden müssen (25). Das Abstellen auf besondere Merkmale des zu steuernden Gesellschafters und die Grenzziehung bei einer Beteiligungsquote von 20 % zeigen jedoch unmissverständlich, dass mit der geltenden Ordnung nur Personen erfasst werden sollen, die aufgrund ihrer wesentlichen Beteiligung über eine massgebende Einflussmöglichkeit auf die Finanzierungs- und Gewinnverwendungspolitik der Gesellschaft verfügen und ihre Machtstellung dazu benützen, die Doppelbelastung zu "umgehen". Mit dieser Grenzziehung liess man dagegen das Ziel einer möglichst weitgehenden, aber noch praktikablen Kapitalgewinnbesteuerung fallen. Dies erhellt aus den parlamentarischen Beratungen, wonach die Praktikabilitätsgrenze bereits bei einer Beteiligungsquote von 5 % angesetzt werden könnte (26).

23 Vgl. Cagianut, ASA 42 S. 437 und 442.

24 Cagianut, ASA 42 S. 437 f.

25 Als Tatbestandsvoraussetzungen kämen Merkmale in Frage, die die Personenbezogenheit der Gesellschaft an sich zum Gegenstand hätten. Auf die Schwierigkeiten, solche Abgrenzungskriterien zu finden, haben wir allerdings bereits hingewiesen (vgl. vorn § 3 II. C.).

26 Bei einer Quote von 5 % würden sich nämlich keine ernsthaften veranlagungstechnischen Schwierigkeiten mehr ergeben (vgl. David S. 78 und 115).

Es stellt sich die Frage, ob die vermutete massgebende Einflussnahme auf die Finanzierungs- und Gewinnverwendungspolitik bei einer 20%igen Beteiligung möglich sei. Nach der rechtlichen Ordnung der Meinungsbildung in der AG beruht die Beschlussfassung im allgemeinen auf dem Mehrheitsprinzip (27). Ein mehr als zur Hälfte beteiligter Gesellschafter vermag daher einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftspolitik der Unternehmung auszuüben. Der mehr als zu einem Drittel aber weniger als zur Hälfte beteiligte Gesellschafter besitzt zwar keine derartige Machtstellung innerhalb der Gesellschaft; wirtschaftlich besonders wichtige Entscheidungen, die von einer Mehrheit von zwei Dritteln getragen sein müssen (28), können jedoch gegen seine Stimme nicht getroffen werden. Für die Bestimmung der Gewinnverwendungspolitik sieht das Gesetz keine Erschwerung der Beschlussfassung vor, die dem mit 20 % Beteiligten eine Sperrminorität einräumen würde (29). Um nur die anvisierten Gesellschafter zu erfassen, müsste die Grenze der Beteiligungsgewinnsteuer daher auf 51 % angesetzt werden (30). In Anlehnung an das deutsche Steuerrecht wäre allenfalls die Grenzziehung bei einer Quote von mehr als einem Drittel (34 %) vertretbar, bei welcher der Minderheitsschutz spielt (31).

Die Grenzziehung bei 20 % kann dagegen nur auf die Erfahrungstatsache abgestützt werden, dass ein derartig Beteiligter regelmässig in der Lage ist, massgebenden Einfluss auf die Gewinnverwendungspolitik der Gesellschaft auszuüben (32). Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, lässt sich diese

27 Art. 703 OR.

28 Art. 636 und 648 Abs. 1 OR.

29 Art. 698 Ziff. 3 in Verb. mit Art. 703 OR; vgl. auch Art. 674 Abs. 2 OR.

30 Auch Böckli, ASA 42 S. 383, ist der Ansicht, die Grenze sei zu tief angesetzt.

31 Vgl. dazu auch David S. 85.

32 Näheres dazu bei David S. 85 f. und 36 ff.

Annahme jedoch durch keinerlei rechtliche Argumente erhärten. Es hängt vielmehr von der zufälligen Verteilung der übrigen Aktien ab, ob der zu einem Fünftel Beteiligte die Gewinnverwendung nach seinen Interessen bestimmen könne. Sind mehrheitlich Aktionäre beteiligt, deren Interesse einer hohen Rendite ihrer Anteile gilt, kann er solchen Bestrebungen nicht entgegentreten. In dieser Beziehung unterscheidet sich der zu 20 % Beteiligte, der von der Beteiligungsgewinnsteuer betroffen wird, demnach in keiner Weise vom zu 15 % Beteiligten, der von ihr freigestellt ist (33). Die eingangs gestellte Frage ist daher zu verneinen.

Wir kommen zum Schluss, dass die Ungleichbehandlung von mehr als zu einem Fünftel beteiligten und unwesentlich beteiligten Personen mit der Notwendigkeit der Sicherstellung der Doppelbelastung nicht hinreichend gerechtfertigt werden kann. Die hierbei vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung bietet keine Gewähr dafür, dass nur Kapitalgesellschafter von der Beteiligungsgewinnsteuer erfasst werden, welche übermässige Gewinnthesaurierungen zu veranlassen vermögen. Das Tatbestandsmerkmal ist zu weitreichend, wenn allein derartige "Umgehungsfälle" erfasst werden sollen. Zu eng ist es dagegen, wenn Mitglieder personenbezogener Gesellschaften schlechthin von der Steuer betroffen werden sollen. Mithin erscheint die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung als willkürlich (34).

D. Ergebnis

In den hier angeführten Motiven können keine zureichenden Gründe für die rechtliche Ungleichbehandlung wesentlich und unwesentlich beteiligter Kapitalgesellschafter gesehen werden.

33 Böckli, ASA 42 S. 383.

34 A.A. David S. 101 ff., bes. S. 112 f. Er weist zwar auf die Problematik der Grenzziehung durch eine bestimmte Mindestbeteiligungsquote hin. Eine solche dränge sich jedoch aus Praktikabilitäts Erwägungen auf (S. 111 f.).

Die Beteiligungsgewinnsteuer ist daher in der jetzigen Ausgestaltung mit Art. 4 BV nicht vereinbar (35).

Die vorangehend angestellten Ueberlegungen führen zum Schluss, dass auch die im Rahmen der Steuerharmonisierung vorgeschlagene Behandlung von wesentlichen Beteiligungen als Geschäftsvermögen vor dem Gleichheitssatz nicht standhalten kann. Mit den angeführten Argumenten lässt sich auch die Ungleichbehandlung von mehr als zu einem Viertel und unwesentlich beteiligten Kapitalgesellschaftern nicht rechtfertigen. Auf der andern Seite darf allerdings nicht übersehen werden, dass die vorgeschlagene Lösung gegenüber der Beteiligungsgewinnsteuer nach dem St. Galler-Modell in andern Punkten zu einer bedeutend sachgerechteren Ordnung führt (36).

IV. Schlussfolgerung

Nur die Besteuerung sämtlicher aus der Veräusserung von Wertschriften des Privatvermögens erzielten Kapitalgewinne führt zu einer unter den drei erläuterten Gesichtspunkten befriedigenden Ordnung. Die Steuergesetzgebung des Kantons BE kommt dieser Lösung am nächsten. Hinsichtlich der Besteuerung des Liquidationserlöses wäre die geforderte Aenderung der Veranlagungspraxis vorzunehmen (37).

Der mit der Beteiligungsgewinnsteuer in ihrer jetzigen und ihrer im Rahmen der Steuerharmonisierung vorgesehenen Ausgestaltung eingeschlagene Mittelweg ist mit dem Gleichheitssatz der Bundesverfassung unvereinbar. Die faktisch bewirkte

35 Gl.A. Hensel S. 90: Als Alternative schlägt er vor, für die Besteuerung statt auf die prozentuale Beteiligung auf die absolute Höhe des Beteiligungsgewinnes abzustellen (vgl. auch Oesch S. 123). Oesch, S. 69, lehnt die Beteiligungsgewinnsteuer ab, weil sie in bezug auf das Steuerobjekt eine neue Rechtsungleichheit schaffe. A.A. David S. 115.

36 Vgl. vorn § 10 VI.

37 Vgl. vorn § 10 III. B.; Helbling S. 325.

Sonderbehandlung der Aktionäre von Familienaktiengesellschaften erscheint mithin ungerechtfertigt. Gegen eine Steuerpflicht, die bei einer Beteiligungsquote von 5 % einsetzt, wäre dagegen nichts einzuwenden (38).

Die Freistellung privater Wertschriftengewinne - wie sie die Steuerordnungen des Bundes und des Kantons ZH vorsehen - ist in doppelter Hinsicht unbefriedigend. Aus der Sicht des Fiskus erscheint es untragbar, dass die steuerliche Doppelbelastung der Gesellschaftsgewinne bis zur Liquidation der Unternehmung aufgeschoben werden kann. Aus der Sicht des bei der Liquidation beteiligten Gesellschafters ist zu beanstanden, dass er auch für Wertzunahmen steuerpflichtig wird, die tatsächlich seine Rechtsvorgänger realisiert haben.

38 Ebenso Oesch S. 123 f.

3. Kapitel: Doppelbelastung beim Kapital

§ 12 Das verdeckte Eigenkapital

I. Begriff

Im Handelsrecht bestehen keine Vorschriften darüber, in welchem Verhältnis das Eigenkapital einer AG zu deren Fremdkapital stehen soll. Es steht den Gesellschaftern und der Gesellschaft demnach grundsätzlich frei, auf welche Art und Weise sie die für die Erfüllung des Gesellschaftszweckes erforderlichen Mittel beschaffen wollen, sei es durch Kapitaleinlagen allein oder durch zusätzliche Darlehen der Aktionäre bzw. von unabhängigen Drittpersonen (1). Die Frage, ob eine AG über eine ausreichende Eigenkapitalgrundlage verfüge, ist denn auch nicht rechtlicher, sondern betriebswirtschaftlicher Natur und kann daher ausschliesslich aufgrund betriebswissenschaftlicher Erkenntnisse beantwortet werden (2).

In der Praxis versagen die Einschätzungsbehörden der Unternehmensfinanzierung die steuerliche Anerkennung, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital vorliegt. Dabei wird ein im Einzelfalle festzulegender Teil der formell als Fremdkapital ausgewiesenen Darlehen für die Besteuerung dem Eigenkapital zugerechnet (3). Im Umfang der so ermittelten Unterkapitalisierung spricht man gemeinhin von "verdecktem Eigenkapital" (4).

1 Vgl. Würth S. 160; ebenso EStV vom 16.7.1958, ASA 27 S. 232.

2 Vgl. Kamm S. 41.

3 Das gilt auch für Fremdkapital, das in der Form von (langfristigen) Vorschüssen oder Kontokorrent-Krediten vorliegt.

4 Vgl. Masshardt N 28 zu Art. 49; Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 17 zu Art. 2; Reimann/Zuppinger/Schärer N 8 zu § 47.

Einzelne Kantone haben steuerrechtliche Vorschriften über den Grad der zulässigen Fremdfinanzierung erlassen (5).

II. Motive für die Kapitalzufuhr in Gestalt von Gesellschaft- terdarlehen

A. Einführung

Die Erfassung des verdeckten Eigenkapitals hat in der Praxis deshalb grosse Bedeutung erlangt, weil einige berechtigte Ueberlegungen rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Natur die Finanzierung der AG durch Gesellschafterdarlehen nahelegen. In den nachfolgenden Ausführungen werden einige wichtige Motive genannt, ohne dass ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird.

B. Minderung der Steuerlast

Wie wir später sehen werden, wird die übermässige Fremdfinanzierung in der Regel nur beanstandet, wenn sie der Steuerumgehung dienen soll (6). Hier interessiert daher zunächst die Frage, welche Bedeutung dem Motiv der Steuereinsparung bei der Finanzierung mit Gesellschafterdarlehen zukommt.

Es gehört zu den schwierigsten Aufgaben, bei der AG die steuerlich beste Relation zwischen Eigen- und Fremdkapital zu bestimmen. Die Schwierigkeiten rühren daher, dass die Finanzierungsart die Steuerlast in zweifacher, und zwar entgegengesetzter Weise beeinflusst. Einerseits wirkt sich eine hohe Fremdkapitalausstattung günstig auf die Steuerlast aus, da die Fremdkapitalzinsen den steuerbaren Gewinn der Gesell-

5 Vgl. hinten VI. B.

6 Vgl. hinten III.

schaft und damit den der Doppelbelastung ausgesetzten Betrag schmälern (7). Andererseits fällt nach dem für die schweizerische Gesetzgebung charakteristischen System der Besteuerung der Kapitalgesellschaften nach Ertragsintensität (8) die Gewinnbesteuerung um so niedriger aus, je höher das Eigenkapital ist.

Daneben gilt es zu berücksichtigen, dass sich auch die Höhe des Eigenkapitals in doppelter Funktion auf die Steuerlast auswirkt. So nimmt die Kapitalsteuer mit wachsendem Eigenkapital zu (9), während die Gewinnbesteuerung um so kleiner ausfällt, je grösser der Kapitalbetrag ist (10).

Bei dieser Sachlage kann nicht allgemeingültig entschieden werden, welcher Grad der Fremdfinanzierung sich steuerlich am vorteilhaftesten auswirkt. Es darf indessen angenommen werden, dass die Substitution von Beteiligungsfinanzierung durch Aktionärdarlehensfinanzierung in der Regel zu einer Minderung der Steuerlast führt (11).

Die Fremdkapitalfinanzierung bringt überdies Einsparungen bei den Emissionsabgaben, da auf Darlehen keine Stempelabgabe anfällt. Ferner sind ausländische Aktionäre je nach Wohnsitzstaat unter Umständen daran interessiert, verrechnungssteuerfreie Zinsen statt verrechnungssteuerbelastete Dividenden zu beziehen (12).

7 Vgl. Kamm S. 111 f.

8 Vgl. dazu im einzelnen vorn § 2 I. C. 1.; ferner Safarik, StR 34 S. 497 ff.

9 Fremdkapital wird dagegen grundsätzlich nicht besteuert. Die Expertenkommission für die Motion Piller (Bericht S. 161) hat die Frage nach der Notwendigkeit der zusätzlichen Besteuerung des Fremdkapitals nach eingehender Prüfung verneint.

10 Vgl. Kamm S. 219; Dürr S. 321.

11 Dies beweist Egli, S. 85 ff., anhand eines im einzelnen ausgewerteten, konkreten Beispiels. Er zeigt jedoch auch, dass der Steuervorteil, den die Darlehensfinanzierung mit sich bringt, bei einer erhöhten Rendite aufgehoben wäre. Vgl. dazu auch Würth S. 161.

12 Vgl. Altorfer S. 2.

C. Formlose Kapitalzuführung

Kann der Kapitalbedarf einer Unternehmung bei der Gründung oder anlässlich einer Erweiterung nicht völlig übersehen werden, haben Darlehen im Gegensatz zum Beteiligungskapital den Vorteil des weit beweglicheren Finanzierungsmittels, weil die Kapitalzuführung damit formlos erfolgt. Darlehen lassen sich daher insbesondere rasch den wechselnden Beanspruchungen anpassen (13).

D. Verminderung des Haftungsrisikos

Als weiteres Motiv für die Finanzierung mit Gesellschafterdarlehen wird häufig die Verminderung des Haftungsrisikos angeführt (14). Wie wir indessen bei früheren Erwägungen gesehen haben, darf dieser theoretisch zutreffenden Begründung in der Praxis keine allzugrosse Bedeutung beigemessen werden (15). Für die Annahme verdeckten Eigenkapitals wird es entsprechend sogar zur Voraussetzung gemacht, dass die Gesellschafterdarlehen "in einem für die Fremdfinanzierung nicht üblichen Mass dem Risiko des Geschäftserfolges" ausgesetzt sind (16).

III. Grundlagen der steuerlichen Erfassung

A. Vorliegen einer Steuerumgehung

1. Im allgemeinen

Da weder das Handelsrecht noch die Steuergesetze (17) Vor-

13 Vgl. Kamm S. 111.

14 So bei Kamm S. 112; Würth S. 161.

15 Vgl. vorn § 1 IV. B.

16 Vgl. Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 1.33.

17 Für die Ausnahmen vgl. nachstehend B.

schriften darüber enthalten, in welchem Verhältnis das Eigenkapital einer AG zu deren Fremdkapital stehen muss, ist es grundsätzlich nicht Aufgabe der Steuerbehörde, die Zweckmässigkeit und Angemessenheit der Finanzierung einer Unternehmung zu überprüfen. Zivilrechtlichen Vereinbarungen kann die Steuerverwaltung solange den Anspruch auf Anerkennung nicht versagen, als die wirtschaftliche Betrachtungsweise keine andere Beurteilung erfordert. Was die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise betrifft, lassen sich Doktrin und Praxis vom Grundsatz leiten, dass diese nur ausnahmsweise, nämlich im Falle der Steuerumgehung Platz greifen darf (18).

Im Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Frage der angemessenen Fremdfinanzierung hat die einschränkende Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur Folge, dass Gesellschafterdarlehen nur dann dem steuerbaren Kapital der AG zugerechnet werden dürfen, wenn die Gesellschaft zum Zwecke der Steuerumgehung mit einem unzureichenden Haftungskapital ausgestattet worden ist (19). Gestalten die Beteiligten den zivilrechtlichen Sachverhalt ungewöhnlich, in einer den wirtschaftlichen Verhältnissen völlig unangemessenen Weise (20), so ist die Besteuerung mithin nach Massgabe des wirtschaftlichen Tatbestandes vorzunehmen (21). Die Tatbestandsmerkmale der Steuerumgehung gliedern sich in ein subjektives, ein objektives und ein effektmässiges Element (22). Das subjektive

-
- 18 Vgl. dazu Meili S. 45 f. mit weiteren Literaturhinweisen. In diesen Fällen ist ihre Anwendung jedoch im Hinblick auf die Verwirklichung allgemeiner Rechtsgrundsätze geboten (derselbe S. 47 f.).
- 19 Vgl. Blumenstein, System S. 230; Masshardt N 28 zu Art. 49; Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 17 zu Art. 2; Reimann/Zuppinger/Schärer N 8 zu § 47; Grüninger/Studer S. XXIV; Baumgartner S. 11 f.
- 20 Vgl. zum Steuerumgebungsbegriff des BGr Meili S. 5.
- 21 Das BGr hat die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei Unterkapitalisierung gebilligt (vgl. BGE 96 I 115 f.).
- 22 Näheres dazu bei Meili S. 5 ff.; Blumenstein, System S. 26 ff.

Element besteht in der Steuereinsparungsabsicht. Hierfür muss anzunehmen sein, dass die von den Beteiligten getroffene Ausgestaltung des Tatbestandes nicht in dieser Weise erfolgt wäre, wenn man damit nicht eine Erleichterung der Steuerlast angestrebt hätte. Das objektive Tatbestandsmerkmal besteht in der Ungewöhnlichkeit des eingeschlagenen Vorgehens oder der gewählten Gestaltungsform. Das effektmässige Element schliesslich liegt in der tatsächlichen Bewirkung einer erheblichen Steuerersparnis. Der Nachweis für das Vorliegen verdeckten Eigenkapitals obliegt dem Fiskus. Es ist nicht Sache der steuerpflichtigen Gesellschaft, hierüber negativen Beweis zu führen (23).

Unter Zugrundelegung der für die Steuerumgehung wesentlichen Kriterien wird verdecktes Eigenkapital in der Rechtsprechung (24) unter der vierfachen Voraussetzung bejaht, dass

- "1. die AG die statutarische Aufgabe ohne das Darlehen nicht hätte aufnehmen können;
2. die entsprechenden Mittel verkehrsüblich von einem fernstehenden Dritten nicht erhältlich gewesen wären;
3. das Darlehen dem Risiko des Geschäftserfolges ausgesetzt wurde;
4. sich das ungewöhnliche Vorgehen lediglich daraus erklärt, dass der Aktionär am Reinertrag der Gesellschaft zum Zweck der Steuerersparnis in der Form der Passivzinsen statt der Dividenden beteiligt sein wollte".

In dieser Hinzurechnung formellen Fremdkapitals zum Eigenkapi-

23 Vgl. Baumgartner S. 12; vgl. zur Beweislage auch vorn § 6 II.

24 Vgl. den grundlegenden Entscheid des ZH VGr vom 22.11.1962, RB 1962 Nr. 65 (welcher auf der Grundlage von § 44 StG basiert) = ZBl 64 S. 478 f. = ZR 63 Nr. 80, bestätigt durch BGr vom 8.7.1964, ASA 34 S. 163 ff., unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV (Verneinung von Willkür). Vgl. auch Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 1.2 und 1.3.

tal liegt rechtstheoretisch ein Durchgriff auf die Gesellschafter, indem die Handhabung der Praxis unter bestimmten Voraussetzungen (Vorliegen einer Steuerumgehung) die Missachtung der Rechtsform der juristischen Person gebietet. Die Durchbrechung des Trennungsprinzips besteht darin, dass der Gesellschafter, obgleich er in seiner Eigenschaft als Darlehensgläubiger der Gesellschaft grundsätzlich wie ein unbeteiligter Dritter gegenübersteht, als Mitglied der Gesellschaft behandelt wird (25). Entsprechend hat das zürcherische Verwaltungsgericht (26) die einlagegleiche Behandlung von Aktionärdarlehen mit dem gesetzlich vorgesehenen Recht des Durchgriffs im Falle von Steuerumgehungen begründet.

2. Die Voraussetzungen im einzelnen

a) Notwendigkeit des Darlehens für die Aufnahme oder Fortführung der statutarischen Aufgabe

Es erscheint selbstverständlich, dass Gesellschafterdarlehen nur in dem Umfange einlagegleich behandelt werden dürfen, in welchem sie zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes unentbehrlich sind. Im gleichen Sinne wurde schon bei der Frage nach der Zulässigkeit der Verzinsung von Gesellschafterdarlehen festgehalten, dass eine solche in der Praxis nur insoweit anerkannt werde, als die AG die fraglichen Darlehen tatsächlich benötigt und auch im Betrieb verwendet hat (27). Die Frage, ob die Gesellschaft ihre Tätigkeit ohne das betreffende Fremdkapital nicht hätte aufnehmen bzw. weiterführen können, bildet daher kein brauchbares Kriterium für die Abgrenzung des notwendigen Eigenkapitals.

25 Vgl. Kamm S. 228 f.

26 Urteil vom 22.11.1962, zit. in Anm. 25.

27 Vgl. vorn § 5 III. C. 1.

b) Kreditbereitschaft Dritter

Die Kreditbereitschaft Dritter hängt im wesentlichen von der Gewährung hinreichender Sicherheiten ab. Können Gesellschafterdarlehen in einer handelsüblichen Weise sichergestellt werden, so verbietet dieser Umstand mithin die Annahme verdeckten Eigenkapitals.

Kamm (28) weist indessen mit Recht darauf hin, dass dieses Kriterium keinen objektiven und eindeutigen Massstab für die Beurteilung der Unterkapitalisierung enthalte.

c) Darlehen dem Risiko des Geschäftserfolges ausgesetzt

Jedes Darlehen, das ohne genügende Sicherstellung gewährt wurde, ist in grösserem oder kleinerem Masse dem Risiko des Geschäftserfolges ausgesetzt. Dies trifft mithin auch für "echtes" Fremdkapital zu (29). Die einlagegleiche Behandlung erscheint daher bloss gerechtfertigt, wenn besondere Umstände vorliegen, aufgrund welcher die Gewährung des Darlehens mit einem ungewöhnlich hohen Risiko verbunden war (30). Gibt ein Aktionär sein Darlehen der Gesellschaft nur gegen genügende Sicherheit hin, so beweist er umgekehrt, dass er sein Risikokapital damit nicht erhöhen will (31).

d) Steuereinsparungsabsicht

Aus den vorangehenden Ausführungen erhellt, dass sich aus den objektiven Kriterien, die in ihrer Gesamtheit Indiz für ein absonderliches Vorgehen bilden, kein befriedigender Massstab für die Beurteilung der Unterkapitalisierung ergibt. Um so grösser ist die Bedeutung, die dem subjektiven Krite-

28 S. 52 ff.

29 Vgl. Weidmann, StR 34 S. 329; Altorfer S. 11.

30 So auch BGr vom 8.7.1964, ASA 34 S. 169. Vgl. Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 1.33; BE VGr vom 16.10.1976, NSt 33 S. 115 ff.

31 Vgl. Würth S. 163.

rium der Steuereinsparungsabsicht zukommt.

Bei der Würdigung dieses Tatbestandsmerkmals hat sich die Rechtsprechung stets die gebotene Zurückhaltung auferlegt. Zum einen wurde regelmässig die Erwägung in den Vordergrund gestellt, wonach die Steuerpflichtigen in der Entscheidung für eine Finanzierung mit Eigen- oder Fremdkapital frei seien (32). Zum andern lehnten die Einschätzungsbehörden eine Bevormundung in der Wahl der Finanzierungsmittel ab, indem sie die Zulässigkeit bejahten, bei verschiedenen möglichen Wegen den steuerlich günstigeren einzuschlagen (33). Mit hin führt nicht jede Steuerersparnis zur Annahme einer Steuerumgehung. Auf das Vorliegen der Steuereinsparungsabsicht dürfe nur geschlossen werden, wenn in der Gestaltung der Verhältnisse ein ungewöhnliches Vorgehen liege und aus dieser Gestaltung eine erhebliche Verringerung der Steuerlast resultieren würde (34).

Im übrigen kann keine Steuerumgehung angenommen werden, wenn die Steuerpflichtige den Nachweis erbringt, dass sie den aussergewöhnlichen Weg aus andern als steuerlichen Gründen gewählt hat. An diesen Gegenbeweis sind indessen strenge Anforderungen zu stellen (35).

Die in der Praxis an den Nachweis einer beabsichtigten Steuerersparnis gestellten Anforderungen kommen in einem Urteil des bernischen Verwaltungsgerichtes (36) sehr schön zum Ausdruck.

32 Vgl. EStV vom 16.7.1958, ASA 27 S. 232.

33 Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrier N 40 zu § 71 zur Unterscheidung zwischen erlaubter und unerlaubter Steuerersparnis. Beachte zu diesem Problem auch die Ausführungen in LU RK vom 24.6.1971, ZBl 73 S. 73 ff., und die gegenteiligen Entscheide BGE 98 Ib 470 ff. = ASA 42 S. 203 ff., sowie BL StRK vom 19.4.1972, BLStPra V S. 58 ff., betr. Immobiliengesellschaften, die einem Immobilienanlagefonds gehören.

34 Vgl. z.B. BGr vom 24.2.1950, ASA 19 S. 94.

35 Vgl. Meili S. 9 f. mit entsprechenden Verweisungen.

36 Vom 16.10.1976, NSt 33 S. 115 ff., insbes. Erw. 3.

Darin wird ausgeführt: "Allein die Stempelabgabe hätte den streitigen Kapitalsteuerbetrag um ein Mehrfaches überstiegen. Es liegt somit auf der Hand, dass der Gesichtspunkt der Steuerersparnis beim Entscheid über das Vorgehen zur Beschaffung zusätzlicher Mittel sehr bedeutend ins Gewicht fiel. Darauf weist auch der Umstand hin, dass die Beschwerdeführerin nicht stichhaltig zu begründen vermag, weshalb sie anstelle des gewöhnlichen einen sachlich unangemessenen Weg wählte." Auch führe die Beschwerdeführerin als Grund für das ungewöhnliche Vorgehen an, zusätzliches Kapital werde nur vorübergehend benötigt. Dieses Argument verfange jedoch nicht, da sie selbst nicht anzugeben vermöge, wie lange diese Uebergangsfrist dauern solle.

B. Ersatztatbestände

Einige kantonale Steuergesetze sehen spezielle Normen zur Erfassung der Unterkapitalisierung vor. Mit diesen Vorschriften sollen Ersatztatbestände (37) geschaffen werden, um auch Gesellschafterdarlehen einer Kapitalgesellschaft zur Kapitalsteuer heranzuziehen, wenn sie eine nach der Sachlage gebotene Eigenkapitalzuführung ersetzen. Als Beispiel eines solchen Ersatztatbestandes sei die basellandschaftliche Regelung (38) erwähnt: "Für Kapitalgesellschaften und Immobiliengenossenschaften, denen von ihren Gesellschaftern bzw. Genossenschaftlern oder diesen nahestehenden Personen direkt oder indirekt Fremdkapital zur Verfügung gestellt worden ist, erhöht sich das nach § 60 steuerbare Eigenkapital um jenen Teil dieses Fremdkapitals, dem wirtschaftlich die Funktion von Eigenkapital zukommt."

In einzelnen Kantonen wird überdies das zulässige Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital zahlenmässig genau begrenzt (39).

37 Vgl. Meili S. 36 ff., insbes. S. 41.

38 Art. 61 Abs. 1 StG.

39 Näheres dazu hinten VI. B.

C. Kritik

Wie wir gesehen haben, wird es in Doktrin und Praxis als gerechtfertigt erachtet, bei der Besteuerung der AG Mittel, die dieser von Aktionären in Form von Darlehen zur Verfügung gestellt wurden, bei Vorliegen einer Steuerumgehung als Eigenkapital zu behandeln. In diesem Zusammenhang kommt den im vorangehenden Abschnitt B. erwähnten Gesetzesbestimmungen - auch wenn sie keine zahlenmässige Finanzierungsregel enthalten - besondere Bedeutung zu, weil sie ein bestimmtes typisches Umgehungsgeschäft der Besteuerung unterwerfen, ohne dass die sonst bei Durchgriffen aus Anlass von Steuerumgehungen notwendige subjektive Voraussetzung vorzuliegen braucht. Die Schaffung der erwähnten Ersatztatbestände knüpft die Steuerpflicht allein an objektive Merkmale an und ermöglicht so den Durchgriff ohne Nachweis der Steuerumgehungsabsicht. Ein solches gesetzgeberisches Vorgehen erscheint fragwürdig, wenn man sich vor Augen hält, dass bisher in der Praxis keine allgemeingültigen und eindeutigen objektiven Kriterien für die Beurteilung der Unterkapitalisierung herausgearbeitet werden konnten (40). Derartige Vorschriften müssen in ihrer praktischen Anwendung zu einer weitergehenden Erfassung verdeckten Eigenkapitals führen (41), zumal die Praxis - wo keine Ersatztatbestände bestehen - selbst bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen in der Annahme der Steuerumgehungsabsicht sehr zurückhaltend ist (42).

Starre gesetzliche Finanzierungsregeln, wie sie einige Kan-

40 Vgl. vorn A. 2. a) - c).

41 So ist wohl auch die Begründung des aargauischen Gesetzgebers für die Aufnahme von § 17 AStG zu verstehen, wonach die Praxis des BGr nicht befriedigte, weil sie die Aufrechnung verdeckten Eigenkapitals nur unter dem Gesichtspunkt der Steuerumgehung ermögliche (vgl. Mühlebach S. 153).

42 Vgl. vorn A. 2. d.

tone vorsehen, erscheinen im übrigen als unsachgemäss, weil sie den verschiedenartigen Verhältnissen des Einzelfalles nicht ausreichend Rechnung tragen können. Die Kapitalbedürfnisse sind nicht nur von Branche zu Branche unterschiedlich, sondern hängen auch von den wirtschaftlichen Gegebenheiten in jedem einzelnen Betrieb ab, welche dauernden Wandlungen unterworfen sind (43). Selbst das Bundesgericht lehnt in seiner Praxis die Anwendung schematischer Finanzierungsregeln ausdrücklich ab (44).

IV. Kreis der Fremdkapitalgeber

Aufgrund der vom zürcherischen Verwaltungsgericht geprägten Voraussetzungen für die Annahme verdeckten Eigenkapitals (45) kommen nur die Aktionäre als Personen in Frage, die der AG verdecktes Eigenkapital zur Verfügung stellen können. Um eine lückenlose Erfassung der Unterkapitalisierung zu garantieren, ist indessen der Kreis der möglichen Kapitalgeber zu erweitern. In erster Linie sind "den Gesellschaftern nahestehende Personen" einzubeziehen (46). Ueberdies müssen Verhältnisse erfasst werden, in denen übermässige Drittkredite mit Hilfe von Gesellschafterbürgschaften bzw. andern Sicherstellungen durch Gesellschafter ermöglicht worden sind (47). Werden die hohen Darlehen dagegen von gänzlich unabhängigen Dritten gewährt, so hat sich die Steuerpraxis mit der tat-

43 Weidmann, StR 43 S. 329; Altorfer S. 11.

44 Vgl. dazu hinten VI. B. 2. a).

45 Siehe vorn bei Anm. 24.

46 So ausdrücklich BL § 61 Abs. 1 StG; AG § 17 AStG; VS Art. 96 Abs. 1 LF; BS § 71a StG; SH Art. 56a Abs. 1 StG; ferner Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 1.1. Zum Begriff der "nahestehenden Person" siehe Mühlebach S. 155 und vorn § 4 IV. A. 2. c).

47 Dieser Sachverhalt ist in BL § 61 Abs. 1 StG mit "indirekter" Gewährung von Fremdkapital umschrieben. Vgl. auch Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 1.1; Altorfer S. 11.

sächlichen Finanzierungsform abzufinden (48).

V. Folgen der steuerlichen Erfassung

Wird formelles Fremdkapital für die Besteuerung dem Eigenkapital zugerechnet, so hat dies unmittelbar eine höhere Kapitalsteuer bei der AG zur Folge. Das verdeckte Eigenkapital ist überdies entsprechend bei der Berechnung des Verhältniskapitals einzubeziehen, so dass sich der Satz der Ertragssteuer reduziert (49).

Die mittelbare Folge der einlagegleichen Behandlung von Fremdkapital besteht in der Zurechnung der darauf entfallenden Zinsen zum steuerpflichtigen Ertrag der AG, was auch eine erhöhte Ertragssteuer bewirkt (50, 51). Wegen des Umfangs der damit verbundenen steuerlichen Mehrbelastung ist dieser mittelbaren Auswirkung in der Praxis regelmässig grössere Bedeutung zuzumessen als der Erhöhung der Kapitalsteuer. An der steuerlichen Belastung des Aktionärs ändert die Nichtanerkennung der gewählten Finanzierungsart dagegen nichts; er ist sowohl für die empfangenen Darlehenszinsen wie für den ausgeschütteten Gesellschaftsgewinn einkommenssteuerpflichtig (52).

48 Vgl. Meili S. 109. Zu einschneidend sind daher die Gesetzesbestimmungen (ZG § 49 Abs. 2 StG; FR Art. 89 Abs. 1 LIC; VD Art. 59ter LID), welche zur Ermittlung verdeckten Eigenkapitals unabhängig vom Darlehensgeber allein auf das Verhältnis zwischen Fremd- und Eigenkapital abstellen.

49 Vgl. BGr vom 6.4.1973, ASA 42 S. 546.

50 So ausdrücklich OW Art. 67 Abs. 2 lit. d StG und AG § 15 AStG; vgl. auch Baumgartner S. 12.

51 Auch die auf verdecktes Eigenkapital entfallenden Zinszahlungen können als verdeckte Gewinnausschüttungen betrachtet werden (vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrer N 94 zu § 45; Prym S. 144 Anm. 30). Ihre Aufrechnung erfolgt indessen unter andern Voraussetzungen (vgl. dazu vorn § 4 insbes. Anm. 115).

52 Vgl. vorn § 7 II. B. 1. b).

VI. Praktische Anwendungsfälle und Bemessung

A. Praktische Bedeutung des verdeckten Eigenkapitals im allgemeinen

Die praktische Bedeutung des verdeckten Eigenkapitals unter der Herrschaft eines bestimmten Steuersystems hängt vor allem davon ab, ob mit einer hohen Fremdfinanzierungsquote der AG Steuereinsparungen erzielt werden können. In diesem Zusammenhang weisen verschiedene Autoren darauf hin, dass beim in der Schweiz verwirklichten System der Besteuerung der Aktiengesellschaften nach Ertragsintensität eher eine Tendenz zur "Selbstfinanzierung durch Nichtausschüttung von Reingewinn als eine Flucht in Fremdkapitalien" festzustellen sei (53).

Wir haben uns mit den steuerlichen Vorteilen, die die Zurückbehaltung von Gewinn zur Selbstfinanzierung mit sich bringt, auseinandergesetzt (54). Bei der hier ins Auge gefassten Kategorie der Familienaktiengesellschaften werden Steuervorteile häufig auch mit übermässiger Fremdfinanzierung gesucht. Dies zeigen einerseits die zahlreichen in letzter Zeit aufgenommenen Gesetzesbestimmungen, die sich ausdrücklich mit der Unterkapitalisierung befassen (55), und andererseits ein Ueberblick über die einschlägige Gerichtspraxis, welche mehrheitlich Immobiliengesellschaften betrifft. Der Tatbestand des verdeckten Eigenkapitals ist im übrigen auch im Verhältnis abhängiger Gesellschaften (Konzernverhältnisse) häufig anzutreffen.

53 Vgl. Kamm S. 220; Rüttimann S. 83; Expertenbericht Motion Piller S. 161.

54 Vgl. vorn § 9 I.

55 Vgl. nachstehend B. sowie BL Art. 61 StG und OW Art. 69 StG.

B. Bemessung

1. Bei Immobilienaktiengesellschaften

a) Im allgemeinen

Um der häufig vorkommenden übermässigen Fremdfinanzierung bei Immobiliengesellschaften zu begegnen, hat die Eidgenössische Steuerverwaltung allgemeine Richtlinien zur Erfassung der Unterkapitalisierung aufgestellt (56). Verdecktes Eigenkapital soll danach - bei Vorliegen einer Steuerumgehung (57) - angenommen werden, soweit das ausgewiesene Fremdkapital 80 % (bei Villen, Ferienhäusern, Eigentumswohnungen und Bauland 70 %) des Verkehrswertes der Liegenschaften nach "Bankenkriterien" und gegebenenfalls andern dauernden Vermögensanlagen übersteigt. Wird im Einzelfalle nachgewiesen, dass diese Finanzierungsregel unangemessen ist, kann davon auch abgewichen werden (58).

Diese Richtlinien gelangen in Wehrsteuersachen (59) wie auch auf dem Gebiete der Staatssteuern (60) zur Anwendung, soweit keine abweichenden gesetzlichen Vorschriften bestehen. Das Bundesgericht (61) hat die Anwendung der Richtlinien bei der Wehrsteuer stets geschützt und teilweise auch präzisiert. So hat es befunden, für die Ermittlung des verdeckten Eigen-

-
- 56 Vgl. Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften. Eine Definition der angesprochenen Immobiliengesellschaften findet sich daselbst in der Einführung. Zur rechtlichen Bedeutung des Merkblattes vgl. hinten § 15.
- 57 Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 1.2.
- 58 Merkblatt betr. Immobiliengesellschaften RZ 2.1.-2.6.
- 59 Vgl. Masshardt N 30 zu Art. 49; Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 17 zu Art. 2.
- 60 Vgl. beispielsweise für ZH: Reimann/Zuppinger/Schärrer N 8 zu § 44 (ZStB II Nr. 53/10); für BE: Gruber N 1 zu Art. 68. Siehe auch nachstehend b).
- 61 Urteil vom 12.11.1971, ASA 41 S. 243 ff.; vom 10.11.1972, StR 29 S. 306 ff.

kapitals sei vom Verkehrswert der Liegenschaften, nicht von deren Buchwert, auszugehen, da auch Drittpersonen bei der Kreditgewährung auf diesen Wert abstellen. Zur Voraussetzung der Steuereinsparungsabsicht hat es erklärt, es sei nicht erforderlich, die subjektive Absicht der Gesellschaftsorgane zu erforschen. Es genüge festzustellen, dass das gewählte Vorgehen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als objektiv unbegründet erscheine und sich nur mit der Absicht der Steuerersparnis erklären lasse (62).

b) Gestützt auf ausdrückliche gesetzliche Vorschrift

Entsprechend den obengenannten Richtlinien wird auch in den Kantonen ZG, BS, SH, TI und GE (63) mindestens ein Fünftel des massgebenden Wertes der Aktiven als Eigenkapital besteuert. Einen etwas strengeren Massstab sehen die Kantone FR, AG und VS (64) vor, indem sie Fremdkapital dem Eigenkapital zuschlagen, bis dieses einen Viertel des Wertes der Aktiven erreicht. Zu einem noch weitergehenden Eingriff in die zivilrechtliche Gestaltungsfreiheit ermächtigt die Regelung des Kantons VD (65), wonach das Eigenkapital mindestens einen Drittel des massgebenden Wertes der Immobilien ausmachen muss. Als Bezugsgrössen dienen entweder der Buchwert, der Ertragssteuer- oder der Kapitalsteuerwert der betreffenden Aktiven (66). Wie wir im vorangehenden Abschnitt festgehalten haben, kann für die Beurteilung der Angemessenheit des Verhältnisses zwischen Eigen- und Fremdkapital jedoch richtigerweise nur der Verkehrswert der Aktiven massgebend sein.

62 Vgl. BGr vom 13.2.1976, StR 33 S. 102 ff. = Pr 65 Nr. 227; ferner Altorfer S. 6 und Weidmann, StR 34 S. 328. Beachte dazu auch vorn III. A. 2. d).

63 ZG § 49 Abs. 2 StG; BS § 71a StG; SH Art. 56a Abs. 1 StG; TI Art. 79 Abs. 1 LT; GE Art. 68 lit. c Abs. 2 LCP.

64 FR Art. 89 Abs. 1 LIC; AG § 17 Abs. 1 AStG; VS Art. 96 Abs. 1 LF.

65 Art. 59ter Abs. 1 LID.

66 Vgl. Altorfer S. 3.

2. Bei Aktiengesellschaften mit anderer Zweckbestimmung

a) Im allgemeinen

Die eingangs entwickelten Grundsätze über die Besteuerung verdeckten Eigenkapitals bei Vorliegen der Merkmale der Steuerumgehung sind auch für Handels- und Fabrikationsunternehmungen sowie für Dienstleistungsbetriebe anwendbar (67). Während für die steuerliche Erfassung der Unterkapitalisierung bei Immobiliengesellschaften - soweit keine abweichende Gesetzesvorschrift vorliegt - in der Regel die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung empfohlene Finanzierungsregel zur Anwendung kommt, wird das zulässige Verhältnis zwischen Fremd- und Eigenkapital bei Gesellschaften mit anderer Zweckbestimmung vermehrt den individuellen Bedürfnissen des Einzel-falles angepasst. Die Praxis lehnt eine schematisierende Betrachtungsweise ab unter Hinweis darauf, dass die Grenze zwischen verdecktem Eigenkapital und eigentlichem Fremdkapital nicht nur von Branche zu Branche, sondern auch innerhalb einer Branche von Unternehmung zu Unternehmung verschieden sei. Es bedürfe in jedem konkreten Falle einer Abklärung des Kapitalbedürfnisses und wie dieses befriedigt werden könne (68). So betrachtet die Eidgenössische Steuerverwaltung für ein Unternehmen des Detailhandels ein Verhältnis zwischen Fremd- und Eigenkapital von 2 : 1 als angemessen (69). In einer späteren Entscheidung hält das Bundesgericht (70) dagegen ein Eigenkapital, das bloss 20 % der Bilanzsumme ausmacht, für ausreichend. In seiner Begründung betont es allerdings: "Diese Schätzung ist für die Beschwerdeführerin gün-

67 Vgl. BGr vom 6.4.1973, ASA 42 S. 540 ff.; BE RK vom 22. 12. 1975, NST 30 S. 114 ff.

68 Vgl. EStV vom 16.7.1958, ASA 27 S. 233 f.

69 Einspracheentscheid (betr. Couponabgabe) vom 16.7. 1958, ASA 27 S. 236; ebenso BE RK vom 28.6.1972, MBVR 1972 Nr. 82.

70 Vom 6.4.1973, ASA 42 S. 540 ff.; dsgl. BE RK vom 22.12.1975, NST 30 S. 114 ff.

stig; denn sie entspricht den für Immobiliengesellschaften festgelegten Richtlinien, während bei einer Handelsgesellschaft, deren Aktiven einem grösseren Risiko ausgesetzt sind, der Anteil der eigenen Mittel normalerweise höher ist."

Gemäss Angabe der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften (71) toleriert die Veranlagungspraxis normalerweise Fremdkapital insoweit, als es höchstens sechsmal höher ist als das Eigenkapital (72). Nach der bei den zürcherischen Einschätzungsbehörden gebräuchlichen Faustregel sollen die Aktiven wenigstens zu einem Sechstel durch Eigenkapital finanziert sein (73).

b) Gestützt auf ausdrückliche gesetzliche Vorschrift

Auch hier gehen die Auffassungen der kantonalen Gesetzgeber über das notwendige Verhältnis zwischen Fremd- und Eigenkapital auseinander. Der Kanton ZG (74) hält die Ausstattung mit Eigenkapital für ausreichend, wenn dieses mindestens einen Siebentel des Wertes der Aktiven ausmacht, während die Kantone FR, BS, SH, AG und VS (75) den minimalen Anteil des Eigenkapitals auf einen Sechstel der Aktiven festlegen. Als Bezugsgrössen dienen auch hier der Buchwert, der Ertragssteuer- oder der Kapitalsteuerwert (76).

71 Jber. 1978 S. 113.

72 Dies entspricht der Regel, die für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an inländische Finanzgesellschaften mit ausländischer Beteiligung angewendet wird (Masshardt N 30 zu Art. 49). Kritisch dazu Altorfer S. 7. Der Kanton ZG hat diese Finanzierungsregel gesetzlich verankert (vgl. nachstehend b)).

73 Schärer, ASA 43 S. 293. Diese Praxis entspricht der gesetzlichen Regelung der Kantone FR, BS, SH, AG und VS (vgl. nachstehend b)).

74 § 49 Abs. 2 StG.

75 FR Art. 89 Abs. 1 LIC; BS § 71a StG; SH Art. 56a Abs. 1 StG; AG § 17 Abs. 1 AStG; VS Art. 96 Abs. 1 LF.

76 Vgl. vorn l. b).

VII. Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung

Im Gesetzesentwurf für die direkte Bundessteuer, im Entwurf für das Mustergesetz (77) und im Entwurf für das Rahmengesetz (78) wird für Immobiliengesellschaften eine minimale Eigenkapitalbasis von einem Drittel, für die übrigen Kapitalgesellschaften eine solche von einem Sechstel gefordert, wobei der Ertragssteuerwert der Aktiven für die Beurteilung massgebend sein soll. Der überarbeitete Entwurf zum Rahmengesetz (79) schreibt dagegen eine Eigenkapitalbasis von einem Sechstel nur für Finanzierungsgesellschaften vor. Es ist beabsichtigt, diese Lösung nach Genehmigung durch die kantonalen Finanzdirektoren auch für die "Direkte Bundessteuer" und für das Mustergesetz zu übernehmen.

Solche starren Finanzierungsregeln sind aus den angeführten Gründen abzulehnen; sie lassen sich auch mit Praktikabilitätsabwägungen nicht rechtfertigen (80). Vorzuziehen ist m.E. die jeweilige Würdigung des Einzelfalles und somit die Erfassung des verdeckten Eigenkapitals unter dem Gesichtspunkt der Steuerumgehung, wobei für die Feststellung übermässiger Fremdfinanzierung auf den Verkehrswert, nicht auf den Ertragssteuerwert der betreffenden Aktiven abzustellen ist.

77 Je Art. 104 Abs. 1.

78 Art. 28 Abs. 2.

79 Vgl. die auch in andern Punkten abgeänderte Formulierung von Art. 28 Abs. 2.

80 Vgl. vorn III. B.; Bericht 1977 S. 33.

3. TEIL: VERMOEGENSSTEUERWERT DER AKTIEN VON FAMILIEN- AKTIENGESELLSCHAFTEN

§ 13 Gesetzliche Grundlagen für die Bewertung von Aktien ohne Kurswert

I. Einführung

Für die steuerliche Bewertung von Wertschriften wird grundsätzlich auf deren Verkehrswert abgestellt (1). Lehre und Rechtsprechung verstehen als Verkehrswert jenen Preis, der für den zu bewertenden Vermögensgegenstand im gewöhnlichen Geschäftsverkehr mutmasslich zu erzielen wäre (2). Lässt sich aus tatsächlich vollzogenen Transaktionen des fraglichen Titels ein Kurswert ermitteln, entspricht dieser seinem Verkehrswert (3). Die Bestimmung des steuerlich massgebenden Wertes erfolgt bei dieser Sachlage auf induktivem Weg.

Für Aktien der Familienaktiengesellschaften fehlt indessen ein solcher Wertmassstab stets, da sie nicht Gegenstand eines regelmässigen börslichen oder ausserbörslichen Handels sind (4). Diesem Umstand tragen die meisten schweizerischen Steuergesetze dadurch Rechnung, dass sie dafür den "geschätzten" Verkehrswert oder aber den "inneren Wert" als massgebend erklären. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der massgebliche Wert in solchen Fällen rechnerisch - also auf deduktivem Wege - zu ermitteln sei.

1 Vgl. Blumenstein, System S. 199.

2 Vgl. Gattenhof S. 66; Dürr S. 77; ZH VGr vom 25.5.1978, ZBl 80 S. 232; BE VGr vom 10.4.1978, BVR 1979 S. 110 f. (mit Zitaten).

3 So ausdrücklich z.B. Art. 34 Abs. 1 WStB.

4 Es sei auf die typischen Uebertragungsbeschränkungen verwiesen (vgl. vorn § 1 V. B. 1. und 2.).

II. Verweisung auf den Verkehrswert

Einige Steuergesetze beschränken sich auf den allgemeinen Grundsatz, wonach Wertschriften zum Verkehrswert zu bewerten sind, und verzichten auf die Angabe spezieller Kriterien für die Bewertung von Aktien ohne Kurswert (5).

Zahlreiche Erlasse verweisen dagegen speziell für die Bewertung von Aktien ohne regelmässige Kursnotierung auf den Verkehrswert (6). In verschiedenen Formulierungen schreiben sie dabei teilweise vor, dass der Verkehrswert unter Berücksichtigung des Ertrags-, Substanz- oder innern Wertes zu ermitteln sei.

In den Ausführungserlassen zu diesen Steuergesetzen finden sich auch vereinzelte Vorschriften, die die Richtlinien der Eidgenössischen Steuerverwaltung als Grundlage für die Festsetzung des Verkehrswertes bezeichnen (7).

III. Verweisung auf den innern Wert

In andern Steuergesetzen wird für die Aktien ohne Kurswert der innere Wert als massgebend bezeichnet (8). Zwei dazu ge-

-
- 5 Art. 30 WStB; ZH § 34 StG; BE Art. 52 StG; NW Art. 22 Abs. 1 StG (gemäss Regierungsratsbeschluss vom 22.10.1978 ist die "Wegleitung für die Bewertung nichtkotierter Wertpapiere" der Eidgenössischen Steuerverwaltung für die Ermittlung der Steuerwerte solcher Wertpapiere anwendbar); VD Art. 32 LID; JU Art. 69 Abs. 1 LID.
- 6 LU Art. 39 Abs. 2 StG; SZ § 31 Abs. 3 StG; ZG Art. 29 Abs. 1 StG; FR Art. 75 Abs. 2 LIC; BL § 46 Abs. 2 StG; AR Art. 41 Abs. 2 StG: "mutmasslicher Verkaufswert"; AI Art. 37 Abs. 2 StG; GR Art. 48 Abs. 1 StG; TI Art. 55 Abs. 2 LT; VS Art. 57 Abs. 3 LF in Verb. mit Art. 23 lit. a RA.
- 7 Vgl. SZ § 37 Abs. 1 VV; BL § 19 Abs. 2 VV; AI Art. 11 Abs. 1 StKB.
- 8 UR Art. 33 Abs. 1 StG; OW Art. 44 Abs. 1 StG; GL Art. 36 Abs. 2 StG; SO § 47 Abs. 3 lit. a StG; BS § 64 Abs. 1 StG; SH Art. 35 Abs. 2 StG; SG Art. 64 Abs. 2 StG; AG § 43 Abs. 1 StG; TG § 28 Abs. 1 StG.

hörende Ausführungserlasse (9) verbinden die Ermittlung des innern Wertes ebenfalls mit den Richtlinien der Eidgenössischen Steuerverwaltung.

IV. Andere Verweisungen

Das Steuergesetz des Kantons NE (10) schreibt für die Bewertung von Aktien ohne Kurswert die Berücksichtigung des Aktienkapitals, der offenen und stillen Reserven sowie des Ertragswertes der Titel vor. Demgegenüber ist nach der Vorschrift des Kantons GE (11) auf den Ertragswert und den innern Wert der Unternehmung abzustellen.

V. Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung

Auch unter der Herrschaft der "Direkten Bundessteuer" will der Bund auf die Erhebung einer Vermögenssteuer natürlicher Personen verzichten.

Im Entwurf für das Rahmengesetz (12) wird für die Bewertung des Vermögens allgemein der Verkehrswert als massgebend erklärt, während der Entwurf für das Mustergesetz (13) für Wertpapiere ohne Kurswert auf den "geschätzten" Verkehrswert verweist, welcher unter angemessener Berücksichtigung von Ertrags- und Substanzwert des Unternehmens zu ermitteln sei.

9 SO Art. 36 VV; SH § 31 Abs. 3 VV.

10 Art. 42 Abs. 2 LID.

11 Art. 45 Abs. 3 LCP.

12 Art. 17 Abs. 1 (ursprüngliche und überarbeitete Fassung).

13 Art. 61 Abs. 2.

§ 14 Verkehrswertberechnung nach der "Wegleitung 1977"

I. Einführung

Die "Wegleitung 1977" bildet ein stark verfeinertes, in sich geschlossenes System von Bewertungsregeln, welches für jeden in der Praxis denkbaren Bewertungsfall eine brauchbare Lösung bereithält. Im Vergleich zu ihren Vorgängerinnen (1) ist die neue Regelung wesentlich komplizierter ausgestaltet. Dies äussert sich in der vermehrten Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte für die Wertermittlung, welche als börsen- und marktpreisbildende Faktoren bekannt sind. Einer weiteren Verfeinerung und Komplizierung der Richtlinien stand indessen das Gebot der Einfachheit der Handhabung entgegen (2). Wir müssen die Wegleitung mithin als einen Kompromiss ansehen, in dem betriebswirtschaftliche Erkenntnisse insoweit verarbeitet sind, als sie keinen allzu grossen Mehraufwand an Bewertungsarbeit bewirken.

Der wesentlichste Unterschied zu den früheren Richtlinien besteht in der Einführung einer "indirekten" Bewertungsmethode, welche auf den Grundsätzen der Unternehmungsbewertung beruht. Danach wird der Ertragswert auf der Basis der von der Unternehmung erzielten Erträge berechnet. Demgegenüber basierte die "Wegleitung 1971" auf einer "direkten" Methode, welche für die Ermittlung des Ertragswertes auf den ausgeschütteten Ertrag des Titels (Dividende) abstellt (3). Grund für die Wahl dieser "indirekten" Methode bildete die Einsicht, dass der Verkehrswert eines Titels weniger von den bisher erfolgten und in Zukunft zu erwartenden Gewinnausschüttungen, als vom tatsächlich erzielten und zu erwartenden gesamten Gewinn der Unternehmung abhängt (4). Sie bringt überdies den Vorteil mit sich,

1 Vgl. Wegleitungen 1942/44, 1948, 1952 und 1971.

2 Das betont vor allem Helbling S. 399 f.

3 Vgl. dazu Jost, ASA 44 S. 355 f.

4 Bewertungsgutachten S. 27 f.

dass die Ermittlung der verschieden interpretierten "möglichen Dividende" (5) wegfällt, und führt somit zu einheitlicheren Bewertungen.

Im weitern wurde die unterschiedliche Bewertung der Aktien von Familien- und Publikumsaktiengesellschaften in der neuen Wegleitung fallen gelassen, da die genannte "indirekte" Bewertungsmethode den spezifischen Verhältnissen beider Kategorien gerecht wird (6). Der Verzicht auf die Unterscheidung ist auch auf die praktische Ueberlegung zurückzuführen, dass eindeutige Kriterien für die Abgrenzung von Publikums- zu Familienaktiengesellschaften fehlen (7).

In den nachfolgenden Abschnitten wollen wir weitere Neuerungen und damit verbundene praktische Probleme hervorheben, die im Zusammenhang mit den hier ins Auge gefassten Familienaktiengesellschaften von Bedeutung sind.

II. Anwendungsbereich der Wegleitung

Gegenstand der Richtlinien bilden bloss "nichtkотиerte Wertpapiere, für die keine vor- oder ausserbörslichen Kursnotierungen bekannt sind" (8). Dagegen finden die schematischen Bewertungsregeln keine Anwendung auf "nichtkотиerte Wertpapiere, welche regelmässig vor- oder ausserbörslich gehandelt werden" (9). Unter solchen Umständen sind die notierten Kurse als zuverlässige Grundlage für die Steuerwertermittlung zu betrachten (10).

Das Erfordernis der "regelmässigen Kursnotierung" gilt als erfüllt, wenn die fraglichen Titel in der interessierenden Zeit

-
- 5 Vgl. Wegleitung 1971 RZ 11.
 - 6 Vgl. Bewertungsgutachten S. 28.
 - 7 Vgl. Jost, ASA 44 S. 356, und vorn § 3 II. C.
 - 8 Wegleitung 1977 RZ 4.
 - 9 Wegleitung 1977 RZ 2.
 - 10 So auch Känzig, Wehrsteuer EB 1972 N 1 zu Art. 34; Reimann/Zuppinger/Schärer N 78 zu § 34; Gruber N 1 zu Art. 57.

mehrfach gehandelt worden sind und sich der Kaufpreis bei diesen Transaktionen nach dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage bestimmt hat. Wichtiger als die Zahl der gehandelten Titel sind dabei die Umstände, unter welchen die Handänderungen stattgefunden haben (11). Zuverlässige ausserbörsliche Kursnotierungen können etwa den einschlägigen Informationsblättern der schweizerischen Banken sowie der jährlich erscheinenden Broschüre "Valeurs suisses non cotées" (12) entnommen werden (13).

Aus ganz vereinzelt und nicht näher abgeklärten Handänderungen kann dagegen nicht mit Sicherheit auf den Verkehrswert geschlossen werden (14). Solche Kurse ohne einwandfrei überprüfbaren Aussagewert sind jedoch bei der Wertermittlung - unter Anwendung der Wegleitung - angemessen mitzuberücksichtigen (15).

III. Massgebende Bewertungsfaktoren

A. Unternehmungswert

1. Einführung

Der Unternehmungswert berechnet sich aus dem Mittel von Substanzwert und doppelt gewichtetem Ertragswert (16). Mit der unterschiedlichen Gewichtung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass bei Handänderungen nicht kotierter Papiere der Substanzwert gegenüber dem Ertragswert in den Hintergrund tritt (17).

11 BGr vom 24.10.1958, ASA 27 S. 468 ff.

12 Edité par publications bancaires, Genève.

13 Vgl. BE VGr vom 12.2.1979, NST 33 S. 185 ff., insbes. Erw. 3.

14 Reimann/Zuppinger/Schärrer N 78 zu § 34; BGE 77 I 300.

15 Wegleitung 1977 RZ 3.

16 Wegleitung 1977 RZ 45.

17 Vgl. Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich N 81-99c zu § 34; Bewertungsgutachten S. 54. "Die Gewichtung zwei zu eins ist eine Annahme, ein Kompromiss, und daher nicht begründbar" (Helbling S. 400).

2. Ertragswert

a) Grundlage

Grundlage für die Ermittlung des Ertragswertes bilden in der Regel die zwei vor dem massgebenden Bewertungsstichtag abgeschlossenen Jahresrechnungen (18). Die der Ertragswertberechnung zugrunde zu legenden Gewinne sind vorerst nach steuerlichen Gesichtspunkten zu korrigieren (19). Alsdann wird der Ertrag des unmittelbar vor dem Stichtag liegenden Jahres doppelt gewichtet (20), um so dem Trend der Geschäftsentwicklung Rechnung zu tragen (21). Vom so ermittelten durchschnittlichen Reinertrag ist ein Bewertungseinschlag für das allgemeine unternehmerische Risiko zu machen, welches sich regelmässig in der bloss partiellen Ausschüttung der erarbeiteten Gewinne niederschlägt. Nach Schätzung der Expertenkommission ist eine Kürzung um 30 % angemessen (22). Die Kapitalisierung der resultierenden Grösse mit einem jährlich angepassten Zinsfuss (23) ergibt schliesslich den gesuchten Ertragswert.

Nach der geltenden Formel hängen die Steuerwerte in stärkerem Masse vom Ertragswert als vom Substanzwert der Unternehmung ab.

18 Wegleitung 1977 RZ 11.

19 Vgl. im einzelnen nachstehend b).

20 Wegleitung 1977 RZ 12.

21 Der Ertragswert einer Unternehmung ist zukunftsorientiert. Er hängt grundsätzlich nicht nur von der bisherigen Entwicklung der Unternehmungsgewinne ab, sondern gründet auch auf einer durch verschiedene Faktoren beeinflussten Schätzung der Zukunftsaussichten. Da den Steuerbehörden die zur Schätzung des Zukunftserfolges nötigen Unterlagen fehlen, müssen sie auf die bisher erzielten Gewinne abstellen (vgl. Bewertungsgutachten S. 31). "Im Rahmen eines einfachen Bewertungsverfahrens, wie es für Zwecke einer Vermögensbesteuerung unabdingbar notwendig ist, war es nicht möglich, sich auf prognostizierte, nicht oder nur schwer überprüfbare Zukunftsgewinne einzulassen" (Helbling S. 400).

22 Wegleitung 1977 RZ 20. Zur Begründung im einzelnen Bewertungsgutachten S. 39 ff. Vgl. ferner vorn § 1 II. B. 3.

23 Vgl. nachstehend c).

Änderungen der Ertragsverhältnisse haben daher um so grössere Schwankungen der Steuerwerte zur Folge. Die Bewertungsstellen trachten jedoch danach, bei der jährlichen Bewertung extreme Schwankungen zu vermeiden. Um eine gewisse Kontinuität der Bewertung zu gewährleisten, berücksichtigen sie daher häufig nicht nur die Reinerträge der letzten zwei Geschäftsjahre, sondern gegebenenfalls auch diejenigen einer grösseren Anzahl von Jahren (24). Eine solche Abweichung lassen die Richtlinien ohne weiteres zu, schreiben sie doch bloss vor, dass die zwei letzten Jahreserträge vor dem Bewertungsstichtag im Regelfalle massgebend seien (25).

Ein weiteres praktisches Problem bei der Anwendung der Richtlinien ist darin zu sehen, dass die nötigen Unterlagen der zuständigen Bewertungsstelle häufig nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen. Dies betrifft insbesondere den Geschäftsabschluss des unmittelbar vor dem Bewertungsstichtag liegenden Jahres (für 1.1.79 beispielsweise derjenige von 1978), welcher in der Regel erst Monate nach dem Bilanzstichtag von der Generalversammlung genehmigt und den Steuerbehörden eingereicht wird. So sind die Bewertungsorgane häufig gezwungen, den massgebenden Steuerwert aufgrund früherer Jahresergebnisse zu ermitteln.

b) Korrektur des ausgewiesenen Reinertrages

Um für die Ertragswertberechnung repräsentativ zu sein, muss der ausgewiesene Reinertrag um die in den Richtlinien aufgezählten einmaligen und ausserordentlichen Aufwendungen und Erträge bereinigt werden (26).

Ausserdem sind nicht ausgewiesene Gewinne aufzurechnen (27). Unter diesen Begriff fallen die verdeckten Gewinnausschüttungen (28). Es ist mithin Aufgabe der Bewertungsstellen, die

24 So auch BGr vom 22.3.1974, ASA 43 S. 238 ff., insbes. Erw. 6 b).

25 Wegleitung 1977 RZ 11.

26 Vgl. Wegleitung 1977 RZ 14-19.

27 Wegleitung 1977 RZ 13.

28 Vgl. vorn § 5.

Posten der Erfolgsrechnung auf ihre Geschäftsmässigkeit hin zu überprüfen (29). In der zürcherischen Bewertungspraxis behält man sich indessen vor, anstelle der Vornahme derartiger Korrekturen am ausgewiesenen Reinertrag dem Substanzwert vermehrtes Gewicht beizumessen. Dies sei bei Aktien personenbezogener Gesellschaften angezeigt, bei denen die Aktionäre durch hohe Spesen- und Salärbezüge die steuerliche Doppelbelastung zu mildern suchen und daher die Bewertung infolge der doppelten Gewichtung des Ertragswertes zu unrealistisch tiefen Steuerwerten führe (30). Die neuen Richtlinien legen generell fest, dass der Unternehmungswert aus dem Mittel von Substanzwert und doppelt gewichtetem Ertragswert berechnet wird (31). Auch für die Aktien personenbezogener Aktiengesellschaften sehen sie keine abweichende Gewichtung der beiden Werte vor (32). Demnach gebieten diese Vorschriften, zu tiefe Steuerwerte auf dem Wege der Korrektur des ausgewiesenen Reinertrages (33) zu vermeiden. Eine andere Bewertungsmethode, insbesondere die stärkere Berücksichtigung des Substanzwertes, ist mit der "Wegleitung 1977" nicht vereinbar.

c) Kapitalisierungszinsfuss

Die Höhe des anzurechnenden Kapitalisierungszinsfusses hängt vor allem von den augenblicklichen Kapitalmarktverhältnissen ab. Als jährlich neu festzulegende Ausgangsgrösse bietet sich

-
- 29 Dazu waren sie auch schon nach den früheren Wegleitungen verpflichtet (vgl. Wegleitung 1971 RZ 11).
- 30 So Zuppinger/Schärer/Fessler/Reich N 81-99d zu § 34.
- 31 Wegleitung 1977 RZ 45.
- 32 Demgegenüber war nach der Wegleitung 1971 für die Bewertung von Anteilen an Familienaktiengesellschaften in erster Linie der Substanzwert massgebend (vgl. RZ 26).
- 33 In der Regel sind die Bewertungsstellen zu einer selbständigen Korrektur des ausgewiesenen Reinertrages verpflichtet, da sie aus zeitlichen Gründen für die Ermittlung des Ertragswertes der Unternehmung nicht auf die Veranlagung der AG zu den Reinertragssteuern warten können (vgl. Bewertungsgutachten S. 36).

daher die durchschnittliche Rendite von schweizerischen Industrie- und Bankanleihen an. Dieser Renditesatz ist um einen Prozentpunkt zu erhöhen, um so einerseits den einen Zuschlag rechtfertigenden Faktoren (erschwerter Realisierbarkeit, langfristige Bindung der Kapitalanteile ohne Kurswert, besondere Rechtsstellung der Anteilseigner) wie auch andererseits den einen Abschlag rechtfertigenden Faktoren (Betriebsergebnisse und Anlagen der Unternehmung erhalten den Realwert der Gesellschaft weitgehend) angemessenen Rechnung zu tragen (34). Ein weiterer Zuschlag von einem halben Prozentpunkt dient der Berücksichtigung der latenten Steuerlast (35). Auf dieser Grundlage setzt die Eidgenössische Steuerverwaltung jährlich den geltenden Kapitalisierungszinsfuß fest (36).

3. Substanzwert

a) Grundlagen

Für die Ermittlung des Substanzwertes der Unternehmung sind die Aktiven grundsätzlich zu ihrem "Fortführungswert" anzurechnen (37). Die "Wegleitung 1977" enthält detaillierte Wertansätze für die einzelnen Vermögensgruppen (38), auf welche hier nicht näher einzutreten ist. Die Gesellschaftsbilanz erfährt danach gegebenenfalls einige Korrekturen, wobei vor allem verschiedene stille Reserven aufgerechnet werden. Die von den Wehrsteuerbehörden anerkannte Reserve auf dem

-
- 34 Vgl. Bewertungsgutachten S. 45 f. Dem allgemeinen Unternehmungsrisiko wird ausserdem mit einem Pauschalabzug von 30 % vom Reinertrag Rechnung getragen (Wegleitung 1977 RZ 20).
- 35 Wegleitung 1977 RZ 21. Vgl. dazu auch ASA 46 S. 166 und nachfolgend 3. b).
- 36 Für das Jahr 1978 beträgt er 7 % (SPA, Jber. 1977 S. 12), für 1979 6 1/2 % (SPA, Jber. 1978 S. 22).
- 37 Vgl. Bewertungsgutachten S. 33 und 47. Bei in Liquidation stehenden Gesellschaften ist der Liquidationswert massgebend (Wegleitung 1977 RZ 70).
- 38 RZ 26-44.

Warenlager (von in der Regel einem Drittel) wird jedoch nicht aufgerechnet (39), und aktivierte immaterielle Werte sind regelmässig abziehbar (40). Für die betrieblichen Liegenschaften wird auf den amtlichen Wert (kantonaler Vermögenssteuerwert) abgestellt (41).

Auf der Passivseite werden Wertberichtigungen berücksichtigt, soweit sie von den Wehrsteuerbehörden anerkannt sind (42).

b) Zur Frage der Berücksichtigung latenter Steuern

aa) Einführung

Bei der Frage der Berücksichtigung latenter Steuern ist davon auszugehen, dass die für die Substanzwertberechnung angerechneten Werte teilweise unversteuerte stille Reserven enthalten. Obwohl diese Reserven bei Fortführung der Unternehmung in nächster Zeit nicht zur Besteuerung gelangen, besteht in den ermittelten Werten eine verdeckte Steuerlast. Es handelt sich dabei um die Reinertragssteuern, die auf den noch nicht als Ertrag besteuerten Reserven bei deren Realisierung bezahlt werden müssen (43). Deshalb haben zwei sonst gleiche Unternehmungen, die eine aber mit unversteuerten Reserven und die andere nur mit versteuerten Reserven, für den Verkäufer und den Käufer nicht den gleichen Wert.

bb) Aus betriebswirtschaftlicher Sicht

In der betriebswirtschaftlichen Literatur stimmen die meisten Autoren einer Berücksichtigung der latenten Steuerlast bei der Ermittlung des Substanzwertes zu (44). Die gegenteilige Auffassung wird vor allem mit dem Hinweis darauf begründet, dass

39 Wegleitung 1977 RZ 30.

40 Bewertungsgutachten S. 49.

41 Wegleitung 1977 RZ 31.

42 Wegleitung 1977 RZ 44.

43 Vgl. Blöchlinger S. 45 f.: "Latente Steuerlast der ersten Stufe"; Böckli, ASA 42 S. 376 f.

44 Vgl. die Uebersicht bei Helbling S. 178 ff.

der Substanzwert einen Fortführungswert und nicht einen Liquidationswert darstelle, was den Abzug latenter Steuern ausschliesse (45).

cc) Aus steuerrechtlicher Sicht

Die Expertenkommission hat sich für eine Kürzung des Substanzwertes ausgesprochen, um der latenten Steuerlast auf aufgerechneten stillen Reserven bei der Festsetzung des Vermögenssteuerwertes Rechnung zu tragen. Da letztlich der Verkehrswert zu ermitteln sei, müsse auf den wertmindernden Einfluss unversteuerter Reserven angemessen Rücksicht genommen werden (46).

Was die Höhe der zu berücksichtigenden latenten Steuerlast betrifft, fordert die Expertenkommission einen Pauschalabzug von 20 % der aufgerechneten unversteuerten Reserven. Diese Berechnung basiert auf der Annahme eines durchschnittlichen Höchstsatzes für Wehr-, Staats- und Gemeindesteuern, welcher sich auf ungefähr 40 % belaufen dürfte. Nach einer in der Praxis gebräuchlichen Regel soll davon die Hälfte eingesetzt werden, um dem Diskontierungseffekt Rechnung zu tragen (47).

dd) "Wegleitung 1977"

Trotz dieser übereinstimmenden Stellungnahmen aus betriebswirtschaftlicher und steuerrechtlicher Sicht lässt die "Wegleitung 1977" eine Rückstellung für latente Steuern nicht zu. Die Begründung dieses Standpunktes ist offenbar so zu verstehen, dass die unbedeutende Aufrechnung stiller Reserven einen derartigen Abzug nicht rechtfertige, weil etwa die von der Wehrsteuer anerkannten Reserven auf dem Warenlager nicht aufgerechnet und betriebliche Liegenschaften zum amtlichen Wert,

45 Vgl. Helbling S. 175 ff.

46 Bewertungsgutachten S. 52 f. und S. 104 RZ 44.

47 Vgl. Bewertungsgutachten S. 53. Die Pauschalierung zum halben Steuersatz wird eingehend erörtert bei Helbling S. 204 ff.

nicht zum Verkehrswert angerechnet werden. Ueberdies seien anwartschaftliche Forderungen im allgemeinen nicht steuerpflichtig (48). Anstelle einer Kürzung des Substanzwertes wird der latenten Steuerlast indessen mit der generellen Erhöhung des Kapitalisierungszinsfusses um $\frac{1}{2}$ Prozentpunkt Rechnung getragen (49), was zu einer Reduktion des Ertragswertes führt. Es ist offensichtlich, dass diese Methode den unterschiedlichen Verhältnissen in den zu bewertenden Unternehmungen nicht gerecht werden kann, da sie die Höhe der für die Ermittlung des Substanzwertes aufgerechneten unversteuerten Reserven nicht berücksichtigt.

ee) Neuere steuerliche Bewertungspraxis

Bei dieser Sachlage verwundert es nicht, wenn sich die steuerliche Bewertungspraxis über die in der "Wegleitung 1977" getroffene Lösung hinwegsetzt und den von der Expertenkommission geforderten Abzug für latente Steuern anerkennt. So hat das zürcherische Verwaltungsgericht in einem neueren Entscheid (50) bei der Bewertung von Aktien einer Immobiliengesellschaft für die Vermögenssteuer einen Abzug für diskontierte latente Steuern von pauschal 20 % auf den aufgerechneten stillen Reserven zugelassen. In seiner Begründung verweist das Gericht zunächst darauf, dass der Vermögenssteuerwert nach zürcherischem Recht dem Verkehrswert entspreche (51). Mit Recht führt es weiter aus, die latente Steuerlast dürfe auch dann nicht vernachlässigt werden, wenn der angerechnete amtliche Wert (kantonaler Vermögenssteuerwert) unter dem Verkehrs-

48 So die Herausgeber der Wegleitung, ASA 46 S. 166.

49 Vgl. vorn 2. c).

50 Vom 25.5.1978, RB 1978 Nr. 41 = ZBl 80 S. 232 f., bestätigt durch BGr vom 5.12.1978, ZBl 80 S. 234 ff., unter dem Aspekt von Art. 4 BV.

51 Nach der Wegleitung 1977 werden Grundstücke von Immobiliengesellschaften in der Regel zum Verkehrswert und nur ausnahmsweise zum amtlichen Wert bewertet (RZ 86/87).

wert liege. Für die Substanzwertberechnung sei diesfalls lediglich eine geringere unversteuerte Reserve aufzurechnen, was wiederum in einer entsprechend geringeren latenten Steuerlast zum Ausdruck käme. Ferner lasse sich aus dem Umstand, dass anwartschaftliche Forderungen im allgemeinen nicht steuerbar seien, nichts gegen den Abzug latenter Steuern ableiten (52).

Das Gericht nimmt sodann bewusst eine Ungenauigkeit bei der Festlegung der Höhe der latenten Steuerlast in Kauf, indem es 20 % der aufgerechneten stillen Reserven in Abzug bringt (53). Mit dem 20%igen Pauschalabzug wird die latente Ertragssteuerschuld berücksichtigt. Im Falle der Bewertung einer Immobiliengesellschaft müsste indessen richtigerweise ein Abzug für latente Grundstückgewinnsteuern gewährt werden, deren Objekt nicht die stillen Reserven, sondern der Grundstücksgewinn (54) ist. Eine derartige Vereinfachung kann höchstens mit praktischen Bedürfnissen gerechtfertigt werden; für betriebswirtschaftliche Zwecke würde wohl eine verfeinerte Berechnung vorgenommen (55).

Desgleichen hielt das bernische Verwaltungsgericht (56) die Berücksichtigung der latenten Steuerlast im Rahmen der Substanzwertberechnung für angebracht und gab dem von der Expertenkommission vorgeschlagenen Pauschalabzug von 20 % der aufgerechneten stillen Reserven gegenüber der in der "Wegleitung 1977" getroffenen Lösung den Vorzug.

Aufgrund der angeführten Urteile muss angenommen werden, dass sich in der Bewertungspraxis die von der Expertenkommission gestellte Forderung nach Abzug einer Rückstellung für latente Steuern auf aufgerechneten stillen Reserven gegenüber der in

52 A.A. die Herausgeber der Wegleitung 1977, vgl. ASA 46 S. 166.

53 Ebenso die Expertenkommission, vgl. Bewertungsgutachten S. 81 und 52 f.

54 Im Sinne von ZH Art. 164 Abs. 1 StG.

55 So im Beispiel bei Helbling S. 206 f., Darstellung 28.

56 Vom 10.4.1978, BVR 1979 S. 106 ff., insbes. Erw. 6.

der "Wegleitung 1977" getroffenen Lösung durchsetzen wird (57).

B. Anteilswert

1. Quotaler Unternehmungswert

Für die steuerliche Vermögensveranlagung interessiert in der Regel nicht der Unternehmungswert als Ganzes, sondern vielmehr der Wert einer bestimmten Beteiligungsquote. Nach der "Wegleitung 1977" entspricht dieser Wert grundsätzlich ihrem quotalen Anteil am Wert der Gesamtunternehmung (58, 59). Erfahrungsgemäss spielen aber bei der Bewertung von Beteiligungen die machtstrukturellen Verhältnisse in der betreffenden Gesellschaft eine ausschlaggebende Rolle. Die Richtlinien tragen diesem Umstand neuerdings durch eine unterschiedliche Behandlung von Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen Rechnung. Neu ist ebenfalls die Berücksichtigung des wertmindernden Einflusses von Uebertragungsbeschränkungen.

2. Abzüge vom quotalen Unternehmungswert

a) Minderheitsabzug

Grund für die Gewährung des Minderheitsabzuges bildet die Erfahrungstatsache, dass der Minderheitsbeteiligte keinen massgebenden Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann,

57 Vgl. dazu auch hinten § 15 II. A.

58 Vgl. RZ 50-52.

59 Bei der Veräusserung von Unternehmungsanteilen sind hauptsächlich subjektive Beweggründe der Parteien preisbestimmend, weshalb sich der Kaufpreis unabhängig vom Gesamtwert der Unternehmung ergibt (vgl. Helbling S. 398 Anm. 6, unter Verweisung auf einen Aufsatz von Elmendorf; Chassot, SAG 49 S. 45 ff.; ferner Helbling S. 409, Darstellung 55). Für die Vermögenssteuer ist indessen ein objektiver Verkehrswert zu ermitteln, weshalb derartige subjektive Interessen ausser Betracht fallen.

da er meistens nicht in der Verwaltung oder Geschäftsleitung der Gesellschaft vertreten ist. Die ihm zugänglichen Informationen über Massnahmen und Beschlüsse der Geschäftsleitung beschränken sich zudem meistens auf den Geschäftsbericht. Ferner ist er nicht in der Lage, für ihn nachteilige Beschlüsse der Generalversammlung erfolgreich anzufechten, und kann somit nicht verhindern, dass ihm eine angemessene Dividende vorenthalten wird (60). Solche Umstände vermindern den Wert einer Minderheitsbeteiligung.

Die Richtlinien sehen für die Gewährung des Minderheitsabzuges eine doppelte Voraussetzung vor:

1. Minderheitsstellung, die keinen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung erlaubt;
2. Ausschüttung einer unangemessenen Dividende.

Bei Vorliegen dieser Erfordernisse wird - auf dahingehendes Begehren des Anteilsinhabers - der Minderheitsabzug von pauschal 20 % vom quotalen Unternehmungswert gewährt (61).

Die Dividende gilt dabei als angemessen, wenn die Rendite der Aktie - berechnet auf dem Steuerwert - den halben Kapitalisierungszinsfuß übersteigt, welcher für die Ermittlung des Ertragswertes herangezogen wurde (62).

Für die Beurteilung der Frage, ob der Steuerpflichtige einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung habe oder nicht, enthalten die Richtlinien keine starren Kriterien (63). Sie legen einzig fest, dass der Minderheitsabzug bei einer Beteiligung von mehr als 50 % niemals zulässig ist (64). Bei Beteiligungen unter 20 % wird die Minderheitsstellung dagegen vermutet. Soll der Minderheitsabzug trotz der geringen Betei-

60 Näheres dazu Bewertungsgutachten S. 60.

61 Wegleitung 1977 RZ 53.

62 Wegleitung 1977 RZ 56; für das Jahr 1978 verlief die Grenze bei 3 1/2 %, für 1979 bei 3 1/4 % (vgl. vorn Anm. 36)

63 Vgl. die Ausführungen im Bewertungsgutachten S. 60 ff.

64 Wegleitung 1977 RZ 57.

ligung nicht gewährt werden, ist die Möglichkeit zur wesentlichen Einflussnahme auf die Geschäftsführung von der Steuerbehörde darzutun. Der Fall, dass ein Aktionär mit einer Beteiligung unter 20 % über einen beherrschenden Einfluss verfügt, kann etwa dann eintreten, wenn die übrigen Anteile stark gestreut sind und/oder der Aktionär im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung vertreten ist (65).

Bei Beteiligungen von 20 bis 50 % wird demgegenüber eine beherrschende Stellung vermutet (66). Will der Aktionär den Minderheitsabzug dennoch geltend machen, hat er nachzuweisen, dass er nicht über einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung verfügt. Man denke an den Fall, da sich mehr als die Hälfte des Grundkapitals in den Händen eines andern Aktionärs befindet. Ein mit 30 % beteiligter Aktionär kann auch majorisiert werden, wenn sich die übrigen Minderheitsaktionäre zum Zwecke einheitlicher Ausübung des Stimmrechtes zu einem Pool zusammengeschlossen haben (67). Der Nachweis von Poolverträgen stösst jedoch dann auf Schwierigkeiten, wenn diese bloss auf mündlichen Vereinbarungen beruhen.

Zusammenfassend können wir festhalten, dass die Grenzziehung bei 20 % bei der Gewährung des Minderheitsabzuges bloss für die Verteilung der Beweislast massgebend ist. Für die Beurteilung der Frage, ob ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung bestehe oder nicht, sind der Stimmkraft eines Aktionärs ausser seinen eigenen in der Regel folgende Aktien zuzurechnen: diejenigen seiner Ehefrau und seiner (minderjährigen) Kinder; diejenigen, welche er einem Dritten zu fiduziarischem Eigentum übertragen hat oder einer von ihm beherrschten juristischen Person gehören. Dies trifft auch für Anteile zu, an welchen er nutzniessungsberechtigt ist. Ferner kann ein

65 Vgl. BE VGr vom 10.4.1978, BVR 1979 S. 119 Erw. 8. b). Es sind mithin gleiche Ueberlegungen anzustellen wie bei der Ausrichtung verdeckter Gewinnausschüttungen an Minderbeteiligte (vgl. vorn § 4 IV. A. 2. b) bb)).

66 Wegleitung 1977 RZ 55.

67 Vgl. vorn § 1 VI. B. 4.

einzelnes Mitglied eines Pools nicht als Minderheitsaktionär gelten, wenn der Pool als Ganzes einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausübt (68).

Es versteht sich im übrigen von selbst, dass die Frage nach dem wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung bzw. die Quoten von 20 und 50 % bei Vorliegen von Stimmrechtsaktien oder andern Stimmrechtsbeschränkungen nicht am Anteil am Grundkapital, sondern am Anteil an der Gesamtstimmkraft gemessen werden muss (69).

Wir haben die Grenzziehung bei 20%igen Beteiligungen schon im Zusammenhang mit der Beteiligungsgewinnsteuer angetroffen (70). Dort ist sie insofern von Bedeutung, als zu 20 % und mehr Beteiligte bei der Veräusserung ihrer Anteile der Beteiligungsgewinnsteuer unterliegen. Bei der Anteilsbewertung ist es den zu mehr als 20 % Beteiligten in der Regel verwehrt, den Minderheitsabzug geltend zu machen. Die steuerliche Ungleichbehandlung wesentlich und unwesentlich beteiligter Gesellschafter wird in beiden Fällen mit der Tatsache begründet, dass zu mehr als einem Fünftel Beteiligte in der Lage seien, massgebenden Einfluss auf die Geschäftsführung und die Gewinnverwendungspolitik der Gesellschaft auszuüben, was dem weniger als zu einem Fünftel Beteiligten verwehrt sei. Wir kamen aber aus verschiedenen Gründen zum Schlusse, dass die Grenzziehung bei 20 % für die Erhebung der Beteiligungsgewinnsteuer nicht haltbar ist (71). Die dort angebrachten Vorwürfe können gegen die Regelung beim Minderheitsabzug nicht erhoben werden, da die Grenzziehung hier für die Gewährung des Abzuges letztlich nicht ausschlaggebend ist, sondern bloss als Mittel zur Verteilung der Beweislast dient.

68 Wegleitung 1977 RZ 58; vgl. im einzelnen Bewertungsgutachten S. 63. Aehnlich vorn § 4 IV. A. 2. a) bb).

69 Wegleitung 1977 RZ 59.

70 Vgl. vorn § 10 IV.

71 Näheres dazu vorn § 11 III. C. 4.

b) Vinkulierungsabzug

Mit dem Vinkulierungsabzug soll dem wertmindernden Einfluss von Uebertragungsbeschränkungen Rechnung getragen werden (72). Die Richtlinien gestatten bei Vorliegen von Uebertragungsbeschränkungen generell einen Abzug von 20 % vom quotalen Unternehmungswert (73, 74), sofern der Aktionär mit weniger als 50 % am Grundkapital beteiligt ist. Für den mehr als zur Hälfte Beteiligten sind statutarische Uebertragungsbeschränkungen insofern bedeutungslos, als er meistens in der Lage ist, diese in seinem Sinne zu handhaben. Unterliegt er den gleichen Beschränkungen wie ein Minderheitsaktionär, hat er dennoch Anspruch auf die Gewährung des Minderheitsabzuges (75).

Nach dem Gesagten ist es für die Gewährung und die Höhe des Minderheitsabzuges belanglos, wie eng der Kreis der möglichen Käufer durch die Vinkulierung gezogen wird (76). Es kann jedoch nicht Sinn der Vorschrift sein, jede statutarische Einschränkung der Uebertragbarkeit schlechthin für die Gewährung des recht hohen Bewertungsabzuges genügen zu lassen. Ein solcher erscheint in der Praxis nur dann gerechtfertigt, wenn die Veräusserung der Anteile mit einer wesentlichen materiellen Einbusse verbunden ist, also dann, wenn nur ein wesentlich tieferer Preis gelöst werden kann als bei freier Uebertragbarkeit. So gibt der Umstand allein, dass die Gesellschaft Namen- und nicht Inhaberpapiere ausgegeben hat, keinen Anspruch auf den Abzug, da die freie Uebertragbarkeit dadurch an sich keine Einschränkung erfährt (77). Will die Gesellschaft mit der Vinkulierung der Aktien bloss vereinzelte Personen mit ganz bestimmten unerwünschten Eigenschaften (z.B. ausländische Staats-

72 Vgl. Bewertungsgutachten S. 64 f.

73 Wegleitung 1977 RZ 60.

74 Helbling, S. 410, zählt die Faktoren auf, welche für die Höhe des Vinkulierungsabzuges von Bedeutung sind.

75 Wegleitung 1977 RZ 61.

76 Zu den Arten und Wirkungen der Vinkulierung vorn § 1 V. B. 1.

77 Vgl. Bewertungsgutachten S. 65.

angehörigkeit oder Zugehörigkeit zur Konkurrenz) fernhalten, ist die Voraussetzung für den Abzug normalerweise auch nicht erfüllt. Einschneidendere Uebertragungsbeschränkungen sind bei personenbezogenen Gesellschaften anzutreffen, bei denen die Aktienvinkulierung zur Beibehaltung des Familiencharakters der Unternehmung dient. Nach Schätzung der Expertenkommission ist der 20%ige Abzug bei derartiger Einschränkung der Uebertragbarkeit angemessen (78). Zu restriktiv und mit dem Sinn der Bewertungsrichtlinien nicht vereinbar ist hingegen eine Praxis, die den Vinkulierungsabzug nur dann gewährt, wenn gemäss statutarischer Vorschrift der Verwaltungsrat oder die Generalversammlung ohne Grundangabe die Uebertragung der Aktien verweigern kann (79). Wie die obigen Ausführungen zeigen, ist eine differenziertere Betrachtungsweise angezeigt, welche die Gewährung des Abzuges vor allem vom Zweck der Aktienvinkulierung abhängig macht.

Statutarische Uebernahmeregeln bzw. -pflichten können nur dann zu einem Vinkulierungsabzug führen, wenn sie mit Preisbestimmungen verbunden werden und der Uebernahmepreis unter dem errechneten Steuerwert liegt (80).

Es ist nicht verständlich, weshalb die Richtlinien den Vinkulierungsabzug grundsätzlich nur bei statutarischen Uebertragungsbeschränkungen gestatten, zumal die freie Uebertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen auch auf vertraglichem Wege einschneidend beschränkt werden kann (81). Allein mit der schweren Ueberprüfbarkeit dahingehender Vereinbarungen (82) lässt sich dieser Standpunkt jedenfalls nicht ausreichend begründen. Es ist nämlich Sache des steuerpflichtigen Aktionärs, deren Bestand bei Geltendmachung des Vinkulierungsab-

78 Vgl. Bewertungsgutachten S. 65.

79 Vgl. SPA, Jber. 1978 S. 27 f.

80 Zur Berechnung Wegleitung 1977 RZ 62.

81 Vgl. vorn § 1 V. B. 2.

82 Vgl. Bewertungsgutachten S. 65.

zuges nachzuweisen. Die Richtlinien enthalten immerhin eine Ausnahmebestimmung (83), wonach bei aussergewöhnlicher Benachteiligung durch statutarische oder andere Uebertragungsbeschränkungen ein 20 % übersteigender Abzug vom anteilmässigen Unternehmungswert zulässig ist. Die Expertenkommission hatte dabei den Fall im Auge, in dem die Mehrheitsaktionäre ihre Macht missbräuchlich ausnützen und den veräusserungswilligen Minderheitsaktionär nötigen, seine Anteile zu einem unrealistisch tiefen Preis zu veräussern (84).

c) Kombination der beiden Abzüge

Nicht selten kommt es vor, dass für ein bestimmtes Aktienpaket die Voraussetzungen sowohl hinsichtlich des Minderheitsabzuges als auch hinsichtlich des Vinkulierungsabzuges erfüllt sind. Da sich die Nachteile, deretwegen die Abzüge gewährt werden, teilweise überlappen, ist in solchen Fällen ein kombinierter Abzug von 35 % des anteilmässigen Unternehmungswertes zu gewähren (85).

83 Wegleitung 1977 RZ 64.

84 Vgl. Bewertungsgutachten S. 66 f.

85 Wegleitung 1977 RZ 63.

§ 15 Zur Frage der Anwendung der "Wegleitung 1977"

I. Bedeutung der Richtlinien der Eidgenössischen Steuerverwaltung für die Wehrsteuer

A. Im allgemeinen

Gestützt auf Art. 72 WStB hat die Eidgenössische Steuerverwaltung verschiedene Wegleitungen und Kreisschreiben auf dem Gebiete des materiellen Steuerrechtes erlassen: so beispielsweise betreffend verdecktes Eigenkapital bei Immobiliengesellschaften (1) und für die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert (2). Solche Richtlinien dienen der Schaffung einer einheitlichen Veranlagungspraxis. Als Verwaltungsverordnungen begründen sie indessen keine Rechte und Pflichten der Steuerpflichtigen, sondern richten sich ausschliesslich an die kantonalen Wehrsteuerbehörden (3). Umstritten ist jedoch, ob sie für diese verbindlich seien (4). Es fragt sich namentlich, ob die kantonalen Behörden bei der im WStB vorgenommenen Kompetenzausscheidung der Dienstaufsicht der Eidgenössischen Steuerverwaltung unterliegen. Die Frage braucht jedoch nicht im einzelnen abgeklärt zu werden. Derartige Richtlinien entfalten ohnehin eine starke Wirkung, weil sich das Bundesgericht in der Regel darauf abstützt (5). So erlangen Wegleitungen und

1 Vgl. vorn § 12 VI. B. 1. a).

2 Vgl. vorn § 14.

3 So übereinstimmend Masshardt N 2 zu Art. 72; Känzig, Wehrsteuer N 3 zu Art. 72; Imboden/Rhinow Nr. 9 I. und II.; BGr vom 2.2.1951, ASA 19 S. 394 ff.

4 Verneinend Känzig, Wehrsteuer N 3 zu Art. 72; bejahend Gattenhof S. 64.

5 Für die Erfassung verdeckten Eigenkapitals bei Immobiliengesellschaften: BGr vom 8.7.1964, ASA 34 S. 163 ff. Die in der Wegleitung 1977 für die Bewertung nichtkotierter Wertpapiere angewendete Methode wurde ebenfalls anerkannt: BGr vom 22.3.1974, ASA 43 S. 238 ff. Vgl. auch Imboden/Rhinow Nr. 9 III. d).

Kreisschreiben indirekt - auf dem Wege einer Praxisänderung - die Funktion verbindlicher Weisungen, von denen die Veranlagungsbehörden nicht ohne sachlichen Grund abweichen dürfen (6).

B. "Wegleitung 1977" im besonderen

Mit der Aufhebung der Vermögenssteuer per 1.1.1959 haben die Wegleitungen für die Bewertung nicht kotierter Wertpapiere bei der Wehrsteuer stark an Bedeutung verloren (7). Die späteren Wegleitungen wurden vornehmlich im Interesse einer einheitlichen Bewertungspraxis bei den Staatssteuern erlassen. So ist die neuste Fassung der Wegleitung unter Mitwirkung von Kantonsvertretern ausgearbeitet worden (8).

II. Bedeutung der "Wegleitung 1977" für die Staatssteuer

A. Festlegung einer neuen Praxis

Auf dem Gebiete der Staatssteuern hat die Eidgenössische Steuerverwaltung keinerlei Weisungsbefugnis. Die von ihr herausgegebenen Wegleitungen sind daher für die Veranlagungsbehörden grundsätzlich nicht verbindlich.

Aus kantonaler Sicht ist die neue Wegleitung als Vereinbarung der eidgenössischen und kantonalen Stufe zu verstehen mit dem Zweck, eine gegenseitig abgestimmte, einheitliche Praxis der Veranlagungsbehörden herbeizuführen. Im Hinblick auf eine Steuerharmonisierung sind solche Bestrebungen zu begrüßen. Rechtliche Einwände können dagegen nicht erhoben werden (9).

Die Anwendbarkeit der "Wegleitung 1977" setzt aber zunächst

6 Vgl. Känzig, Wehrsteuer N 3 zu Art. 72.

7 Sie kommen seither nur noch für die Besteuerung juristischer Personen zur Anwendung.

8 Vgl. auch Reimann/Zuppinger/Schärrer N 81 zu § 34.

9 Vgl. Böckli, ASA 46 S. 483 und 491 f.

voraus, dass die darin verankerten Bewertungsregeln der kantonalen Steuergesetzgebung nicht widersprechen (10). Andernfalls ist vorerst eine entsprechende Aenderung der einschlägigen Vorschriften erforderlich.

Steht der "Wegleitung 1977" von gesetzlicher Seite nichts entgegen, erfolgt ihre Einführung auf dem Wege der Praxisänderung. Eine solche ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV zulässig, wenn sie sachlich begründet werden kann (11). Wir haben vorn (12) festgestellt, dass in den neuen Richtlinien zahlreiche betriebswirtschaftliche Erkenntnisse verarbeitet sind, welche eine Aenderung der auf der "Wegleitung 1971" beruhenden Praxis zu rechtfertigen vermögen (13).

Auch bei dieser Sachlage ist es den kantonalen Bewertungsstellen freilich unbenommen, die "Wegleitung 1977" vor ihrer Anwendung einer kritischen Prüfung zu unterziehen. So haben bereits zwei kantonale Verwaltungsgerichte unabhängig voneinander in der Frage der Berücksichtigung der latenten Steuerlast einer von der Wegleitung abweichenden Lösung den Vorzug gegeben (14). Wir haben auch praktische Schwierigkeiten aufgedeckt, die zu Abweichungen von den Richtlinien führen könnten (15). Für die Durchsetzung der grundlegenden Aenderungen der neuen Wegleitung dürfte allerdings massgebend sein, dass das Bundesgericht die darin verankerte neue Bewertungsmethode in grossen Zügen bereits gebilligt hat (16).

10 Vgl. dazu nachstehend B.

11 Zur Praxisänderung allgemein Imboden/Rhinow Nr. 72.

12 § 14, insbes. I.

13 Eingehend dazu Böckli, ASA 46 S. 484 ff., der auch zu den übrigen Voraussetzungen einer gültigen Praxisänderung Stellung nimmt.

14 ZH VGr vom 25.5.1978, ZBl 80 S. 232 f.; BE VGr vom 10.4.1978, BVR 1979 S. 106 ff.; Näheres dazu vorn § 14 III. A. 3. b) ee).

15 Vgl. vorn § 14 III., insbes. A.

16 So im Entscheid vom 22.3.1974, ASA 43 S. 238 ff.

B. Kantonale Steuergesetze und "Wegleitung 1977"

Die kantonalen Steuerordnungen lassen sich im wesentlichen in drei Gruppen einteilen (17): die einen erklären für die Bewertung nicht kotierter Wertpapiere den Verkehrswert für massgebend, die andern den innern Wert, die übrigen verwenden andere Anknüpfungspunkte.

Die Wegleitung dient nach ihrer eigenen Zielsetzung zur Konkretisierung des "Verkehrswertes" (18). Die Richtlinien können daher ohne weiteres zur Auslegung jener kantonalen Vorschriften herbeigezogen werden, die ihrerseits auf den Verkehrswert verweisen. Dies auch, wenn zusätzlich die Berücksichtigung des Substanz- und/oder des Ertragswertes vorgeschrieben wird (19).

Kann die Wegleitung auch zur Ermittlung des "innern Wertes" herangezogen werden? Bei genauer Betrachtung weist diese Bezeichnung gewissermassen nur darauf hin, dass eine Bewertung von aussen, vom Markt her, nicht möglich ist, weshalb auf die "in" einem Wertpapier enthaltenen Faktoren, die seinen Wert ausmachen, abzustellen ist (20). Wenn der Begriff des "innern Wertes" im Schrifttum auch keine einheitliche Anwendung gefunden hat (21), so wird er im Zusammenhang mit steuerlichen Bewertungsfragen doch allgemein dem rechnerisch ermittelten Verkehrswert gleichgestellt (22). Ziel der inneren Wertbemessung sei die Ermittlung des Verkehrswertes aus der Bilanzanalyse - also auf deduktivem Wege (23). Dabei ergibt sich der innere Wert im wesentlichen aus dem Ertrags- und aus dem Substanzwert (24). Die neue Wegleitung berücksichtigt ausser diesen beiden

17 Vgl. vorn § 13.

18 Vgl. RZ I und 4.

19 Vgl. Böckli, ASA 46 S. 490 f.

20 Vgl. Bewertungsgutachten S. 94.

21 Vgl. Boemle S. 480.

22 Vgl. Helbling S. 410; Blumer/Graf S. 168.

23 Vgl. Gattenhof S. 71 f.; Dürr S. 78 f.

24 Vgl. das Berechnungsbeispiel bei Blumer/Graf S. 169; dsgl. Boemle S. 483.

Werten verschiedene andere innere Faktoren, die den Wert eines Unternehmungsanteils ausmachen. Die resultierende Grösse kann daher mit Recht auch als "innerer Wert" eines Wertpapiers interpretiert werden (25). Dies bestätigen die Ausführungserlasse (26), welche die Ermittlung des innern Wertes mit den Richtlinien der Eidgenössischen Steuerverwaltung in Verbindung bringen.

Es bleibt die Frage zu klären, ob die neuen Richtlinien auch mit denjenigen Steuerordnungen vereinbar seien, welche den Wertbegriff auf andere Weise näher umschreiben. Für den Kanton GE ist dies zu bejahen, wurde das Steuergesetz doch auf die neue Wegleitung abgestimmt und verweist nunmehr auf den Ertragswert und den innern Wert der Unternehmung als Berechnungsgrundlagen (27). Anders verhält es sich mit denjenigen Steuerordnungen, welche die Berücksichtigung des Ertragswertes der Titel, der Rendite oder der Dividende vorschreiben (28), wie dies in den Kantonen LU (29), NE (30), BS (31), GR (32), AG (33) und ZH (34) der Fall ist. Grundlage für die Anteilsbewertung nach den neuen Richtlinien bildet demgegenüber nicht der ausgeschüttete Ertrag der einzelnen Anteilsrechte, sondern der gesamte Ertrag der Unternehmung. Der erstere war nach der "Wegleitung 1971" massgebend (35). Die grundlegend verschiedenen Bewertungsmethoden zeigen (36),

25 Vgl. Böckli, ASA 46 S. 491.

26 Zit. vorn Anm. 9 zu § 13.

27 Art. 45 Abs. 3 LCP: "Les actions [...] sont évalués en fonction de la valeur de rendement de l'entreprise et de la valeur intrinsèque de celle-ci."

28 Vgl. zum Folgenden Bewertungsgutachten S. 95.

29 Art. 39 Abs. 2 StG.

30 Art. 42 Abs. 2 LID.

31 Art. 13 Abs. 3 VV, wonach auch der "mögliche" Ertrag zu berücksichtigen ist.

32 Art. 26 VV, wo auch die "Ertragsfähigkeit" erwähnt ist.

33 § 17 Abs. 2 VV.

34 Ziff. 252 DA.

35 Vgl. RZ 14 f.

36 Vgl. vorn § 14 I.

dass der Wertbegriff der genannten Steuerordnungen entscheidend von demjenigen der neuen Wegleitung abweicht. Die Anwendung der "Wegleitung 1977" in diesen Kantonen setzt daher zunächst eine Anpassung der kantonalen Vorschriften voraus (37).

37 Vgl. Böckli, ASA 46 S. 491; Bewertungsgutachten S. 95.

Lebenslauf

Ich wurde am 26. April 1950 in Zürich geboren. Die Primarschule besuchte ich in Opfikon, das Gymnasium an der Kantonsschule Zürcher Oberland in Wetzikon, wo ich im Herbst 1969 die Matura Typus B bestand. Anschliessend studierte ich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und erwarb im Februar 1975 das Lizentiat beider Rechte. In der Folge arbeitete ich als Auditor bzw. Substitut/Sekretär am Bezirksgericht Bülach. Im Oktober 1977 wurde mir das Zürcher Rechtsanwaltspatent erteilt. Alsdann begann ich mit der Arbeit an der vorliegenden Dissertation. Am 9. Juli 1980 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

